



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16327.720053/2015-92
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-004.726 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de agosto de 2018
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
Recorrente BANCO BRADESCO S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2010, 2011

FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. MULTA. OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA.

Encerrado o prazo para entrega da declaração de pessoa física, a responsabilidade pelo pagamento do respectivo imposto passa a ser do beneficiário dos rendimentos, cabível a aplicação, à fonte pagadora, da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, prevista no art. 9º, da Lei nº10.426/02, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, tendo ou não os rendimentos sido submetidos à tributação no ajuste.

PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CARACTERIZAÇÃO DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

Após o advento da Lei Complementar nº 109, de 2001, somente no regime fechado a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes à determinada categoria, desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio. Integram a remuneração e se sujeitam à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar se não comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Dilson Jatayh Fonseca Neto (relator), Martin da Silva Gesto e Júnia

Roberta Gouveia Sampaio, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Ronnie Soares Anderson.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente e Redator designado.

(assinado digitalmente)

Rosy Adriane da Silva Dias - Relatora designada *ad hoc* para formalização do acórdão.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosy Adriane da Silva Dias, Martin da Silva Gesto, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez (suplente convocada), Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto e Ronnie Soares Anderson. (Presidente).

Relatório

Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias, Relatora designada *ad hoc* para formalização do acórdão

Para registro e esclarecimento, pelo fato do conselheiro Dilson Jatahy Fonseca Neto, responsável pelo relatório, ter deixado o CARF antes de sua formalização, fui designada *ad hoc* para fazê-lo.

Esclareço que aqui reproduzo o relato deixado pelo conselheiro nos sistemas internos do CARF.

Feito o registro.

Trata-se, em breves linhas, de auto de infração lavrado em desfavor da Contribuinte para constituir crédito tributário referente a multa isolada pela falta de retenção na fonte do imposto de renda da pessoa física. Intimada, a Contribuinte protocolou Impugnação, que foi julgada improcedente pela DRJ. Inconformada, interpôs Recurso Voluntário. A Fazenda Nacional protocolou Contrarrazões.

Feito o breve resumo da lide, passo ao relatório pormenorizado dos autos.

Em 19/01/2015 foi lavrado Auto de Infração (fls. 1.226/1.231) para constituir crédito tributário imputando a seguinte infração:

0001 DEMAIS INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO DOS IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES

MULTA POR FALTA DE RETENÇÃO NA FONTE DE IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO

Multa devida em decorrência de falta de retenção na fonte de imposto ou contribuição, conforme relatório fiscal em anexo.

(...)

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 31/01/2010 e 31/12/2011:

Art. 9º da Lei nº 10.426/02, com redação dada pelo art. 16 da Lei nº 11.488/07.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (fls. 3/26 e docs. anexos fls. 27/1.225),

"REMUNERAÇÃO ATRIBUÍDA A EMPREGADOS E DIRETORES ESTATUTÁRIOS - COMPLEMENTO SALARIAL -APORTES EM PREVIDÊNCIA PRIVADA - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - FALTA DE RETENÇÃO -LANÇAMENTO DE MULTA ISOLADA

(...)

2.- A ação fiscal de que trata o presente Termo de Verificação Fiscal foi determinada pela Administração Tributária Federal e compreendeu a fiscalização do Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte , relacionado aos aportes suplementares realizados pelo contribuinte aos administradores e empregados elegíveis ao Plano PGBL Empresarial , caracterizados como de natureza remuneratória, no período de apuração 2010 e 2011.

(...)

4 - Do Fato Gerador: A multa isolada aplicada ao contribuinte que faz parte deste Processo, teve origem nos aportes suplementares em contas de previdência complementar relacionados ao 5º Termo Aditivo ao contrato de Previdência Privada, denominado PGBL Empresarial, em que são elegíveis membros do Conselho da CIA, Diretores Estatutários, Superintendentes Executivos, Assessores jurídicos e a partir de 06/2011 Gerentes Regionais. Os valores aportados pelo contribuinte neste contrato se afastam da natureza de previdência complementar caracterizando-se como de natureza remuneratória conforme este Termo de Verificação Fiscal (TVF) irá demonstrar nos itens abaixo.

(...)

6 - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL 6.1 -

Previdência Privada (...)

O artigo 202 da Constituição Federal prevê a regulamentação dos regimes de previdência privada através de lei complementar. A Lei Complementar 109 de 29/05/2001 regulou o assunto. Os artigos 1º e 2º definem os objetivos da previdência privada:

(...)

O artigo 10 da Lei Complementar obriga que os regulamentos dos planos de benefícios contenham os critérios de elegibilidade, a forma de cálculo dos benefícios:

O artigo 16 da referida lei - Seção II - dispõe acerca dos planos de benefícios de entidades fechadas e a seção III dos planos de entidades abertas:

(...)

O artigo 19 da Lei Complementar define a finalidade das contribuições destinadas ao plano de previdência privada e as classifica de acordo com a sua destinação:

(...)

O artigo 26 da LC 109 regula acerca dos planos de benefício de entidades abertas:

(...)

Os artigos 68 e 69 - Capítulo VIII - Disposições Gerais -dispõem sobre a dedutibilidade do IR e não incidência de contribuições sobre os valores aportados pelo empregador:

(...)

6.2 - Imposto de Renda na Fonte

Dispõe o artigo 43 do Código Tributário Nacional acerca da incidência do imposto sobre a renda:

(...)

O conceito de rendimento bruto consta dos arts. 37, 38 e seu parágrafo único, todos do RIR/99:

(...)

Os artigos 43 e 624 do RIR/99 tratam especificamente da tributação sobre os rendimentos decorrentes do trabalho assalariado e da obrigação de retenção na fonte:

(...)

Neste ponto, abre-se espaço de destaque para o artigo 9º da MP 16/2001, convalidado pela Lei nº 10.426/2002, que preconiza a cobrança de multa aplicável à fonte pagadora no caso de falta de retenção de Imposto, in verbis:

(...)

Por sua vez, o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 determina que:

(...)

7 - Dos Contratos Previdenciários mantidos pelo contribuinte: (...)

Os Contratos Previdenciários acima não apresentaram características de incentivo ao trabalho ou premiação e as contribuições da Instituidora não foram objeto deste Auto de Infração.

Além dos Contratos Previdenciários acima citados, em que participam empregados, diretores estatutários e membros do Conselho da CIA o contribuinte instituiu um plano de benefícios suplementares na CIA, datado de 30/07/1999, denominado PGBL - Empresarial, através do 5º

Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada firmado em 20/06/1985, alterado pelo Termo Aditivo 05 E , datado de 01/06/2011 que modificou alguns artigos do 5º Termo Aditivo.

-Anexados ao presente Processo: 5º Termo Aditivo PGBL-Empresarial (Doc. 13) ; Termo Aditivo 05 E (Doc.20).

(...)

8. Das características remuneratórias do PGBL-Empresarial.

8.1- Análise das Atas e Estatutos do contribuinte:

(...)

Da análise dos documentos societários da CIA, verifica-se que o Comitê de Remuneração, composto pela alta direção do Banco Bradesco, propõe ao Conselho de Administração (CA) os valores a serem pagos aos administradores estatutários do contribuinte , incluindo os valores dos aportes suplementares do plano PGBL-Empresarial, e estas propostas são submetidas às Assembléias Gerais. O montante da remuneração global aprovada é distribuído pelo Conselho de Administração aos membros do Conselho e da Diretoria , conforme estipula o Estatuto Social da

CIA.

O PGBL-Empresarial, conforme expresso nos próprios documentos societários da CIA, está inserido dentro da política e diretriz da remuneração atribuída aos administradores pela CIA, não tendo relação com o objetivo da previdência complementar encontrado nos planos previdenciários citados no item 7 deste TVF extensivo a todos os empregados e administradores, que tem como finalidade instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário conforme exposto nas Demonstrações Financeiras publicadas. Os aportes suplementares do PGBL-Empresarial não levam em consideração critérios objetivos de planos previdenciários tais como idade e o tempo de expectativa de vida dos beneficiários e sim vinculados a resultados de negócios da CIA, retenção de talentos e reconhecimento dos serviços prestados.

Esta afirmativa pode ser comprovada através dos valores de aportes suplementares do PGBL-Empresarial em comparação com os Contratos Previdenciários extensivos a totalidade dos empregados e administradores incluídos os também participantes do PGBL Empresarial:

8.2 - Dos aportes suplementares realizados no PGBL Empresarial e dos resgates realizados pelos beneficiários:

No Termo de Intimação Fiscal (TIF) datado de 18/08/2014 o contribuinte foi intimado a apresentar os aportes feitos no plano PGBL - EMPRESARIAL de forma individualizada e por competência, bem como qual a metodologia utilizada para os aportes neste plano e a

memória de cálculo , já que no plano PGBL Empresarial não está estipulado regra geral para as contribuições do instituidor.

O contribuinte apresentou planilhas solicitadas dos membros do Conselho e Diretoria Estatutária e outra dos Superintendentes e Gerentes Regionais (empregados) , com os aportes individualizados, por nome, competência e valor . A contribuição básica que aparece na planilha refere-se as contribuições da Instituidora dos Planos extensivos a totalidade dos administradores e que não faz parte deste AI. Somente a contribuição suplementar é que refere-se ao PGBL Empresarial.

- Planilha anexado ao Processo Doc. 10. (...)

Em relação a memória de cálculo dos aportes apresentou o seguinte quadro abaixo (Doc. 14):

CONTRIBUIÇÕES SUPLEMENTARES

(Vigência de Janeiro/2010 a Maio/2011)

TEMPO DE CARGO NA ORGANIZAÇÃO	PERCENTUAL DO HONORÁRIO
Até 1 ano	0,0%
1 a 5 anos	25,0%
5 a 8 anos	50,0%
8 a 10 anos	75,0%
acima de 10 anos	100,0%

CONTRIBUIÇÕES SUPLEMENTARES

(Vigência a partir de Junho/2011)

Conselho de Administração e Diretores Estatutários: 02 (dois) Honorários Mensais
Superintendente Executivo: Valor Fixo R\$ 38.000,00 Mensal
Gerente Regional: Valor Fixo R\$ 19.000,00 Mensal

(...)

A natureza remuneratória dos valores aportados ao "plano de previdência privada" PGBL Empresarial fica evidenciada quando se verifica que as "contribuições" eram definidas e alteradas pelo Conselho de Administração, de forma unilateral levando em consideração os resultados apurados nos segmentos de negócios, bem assim a alta qualificação, o tempo de serviço e o desempenho dos beneficiários, como declarou o contribuinte em sua resposta. Ressalte-se que o contrato do PGBL-Empresarial é omissivo quanto ao valor da contribuição da Instituidora limitando-se a afirmar que este fará contribuições mensais ao PGBL conforme Item 3.3.1. do Termo Aditivo 5-PGBL-Empresarial.

Da análise do material apresentado pelo contribuinte, e a constatação da ordem de grandeza dos aportes suplementares, esta fiscalização entendeu relevante fazer uma comparação entre os valores aportados na previdência complementar supramencionados e os valores recebidos pelos mesmos beneficiários como rendimento do trabalho informados na DIRF (declaração de imposto retido na fonte) do Banco Bradesco nos mesmos períodos e os resgates destes valores sempre em janeiro de cada ano. Das verificações efetivadas por esta fiscalização verificou-se que os valores aportados na previdência complementar são substanciais . Segue, a título exemplificativo, quadro comparativo entre

os aportes feitos pelo contribuinte na previdência complementar PGBL- Empresarial e os valores recebidos como rendimento do trabalho de alguns elegíveis no período fiscalizado:

(...)

Em relação ao resgate a Cláusula Quarta estipula que durante o prazo de diferimento o Participante poderá resgatar parte ou a totalidade da Conta reserva do Participante - Parte Instituidora e Parte Participante, mediante expressa autorização da Instituidora, observada a legislação pertinente.

No item 4.3 o Participante por ocasião do desligamento da empresa poderá resgatar Conta Reserva do Participante- Parte Instituidora e Parte Participante. Diferente dos Planos extensivos a totalidade dos empregados e administradores.

(...)

Evidente que os resgates do PGBL-Empresarial atingem a parte da contribuição do patrocinador. Ao contrário do Contrato Previdenciário extensivo a todos os empregados em que a contribuição do patrocinador e do participante é de 4% do salário de participação, no PGBL Empresarial a contribuição do participante é imensamente menor que a contribuição da instituidora. Exemplificando caso concreto: Determinado administrador recebeu de honorários em 09/2011 R\$ 260.000,00. O aporte suplementar do Banco Bradesco é de R\$520.000,00, sendo que a contribuição ao plano PGBL Empresarial deste administrador é de R\$ 26.000,00.

Pela resposta do contribuinte conclui-se que todos os beneficiários do PGBL Empresarial podem resgatar qualquer valor, em qualquer momento, somente observada a legislação em vigor e prazo de carência. Ou seja, qualquer aporte do Instituidor na Conta do Participante este valor já passa a integrar o patrimônio do beneficiário. Até na hipótese deste beneficiário pedir o desligamento da empresa terá o direito de resgatar o saldo de sua conta - Parte Participante e Parte Instituidora.

O direito ao resgate no PGBL Empresarial da forma que está estipulada não é uma imposição legal, é uma forma do Banco Bradesco S/A garantir ao beneficiário que o valor aportado pelo contribuinte em sua Conta Reserva imediatamente integre seu patrimônio sem qualquer condição, pois os aportes estão inseridos na política remuneratória do contribuinte. Entendimento contrário, seriam ilegais as cláusulas de resgate estipuladas nos contratos Previdenciários extensivos a todos empregados e administradores, que não é o caso conforme sumulado pelo próprio STJ [súmula 290].

8.3- Dos resgates realizados em janeiro:

Esta fiscalização procurou verificar nos sistemas da Receita Federal do Brasil o motivo dos resgates realizados sempre em janeiro dos aportes suplementares. Constatou-se que os administradores do Banco Bradesco, participantes do PGBL Empresarial, compraram de empresas que participam do capital do Banco Bradesco, ações da BBD Participações S/A CNPJ (...), sendo um lote adquirido no ano 2008

para pagamento parcelado em 01/2010; 01/2011; 01/2012 e outro lote de ações , também adquirido em 2008 com vencimento em janeiro de 2013.

(...)

Conforme consta na descrição acima acerca da BBD Participações somente podem deter ações da BBD , membros do Conselho de Administração, Diretoria Estatutária e funcionários qualificados do Bradesco também elegíveis do PGBL Empresarial. As ações são adquiridas pelos administradores e pagas através de parcelas anuais todo mês de janeiro, coincidentemente o mês que os adquirentes resgatam valores substanciais no PGBL Empresarial. Cabe salientar que todo ano essas ações obtêm valorização pela equivalência patrimonial, além dos dividendos e juros sobre capital próprio que o acionista recebe. No ano calendário 2010 o resultado positivo que a BBD obteve nesta participação indireta no Banco Bradesco foi de R\$239.430.909,50 ; no ano calendário 2011 o resultado positivo em participações societárias foi de R\$291.960.667,50.

- Anexado ao Processo DIPJ BBD Participações a/c 2010 e 2011 (Doc. 24)

8.4- Dos aportes suplementares de beneficiários em gozo de benefício:

(...) Constatou-se que vários dirigentes e empregados em gozo de benefício do plano de previdência privada continuaram a receber os aportes suplementares da empresa nas suas contas . Portanto, se o contribuinte continua a aportar valores substanciais nas contas de dirigentes e empregados já em gozo de benefício, e segundo o regulamento do plano, os participantes nesta situação deveriam relacionar-se diretamente com a Bradesco Vida e Previdência , conclui-se que os aportes tem outra finalidade que não a previdenciária.

9. Conclusão:

A natureza remuneratória do PGBL Empresarial, conforme demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal, fica caracterizada :

Pelos aportes suplementares em valores substanciais que estão inseridos na política e diretriz traçada pela CIA em relação a remuneração de seus administradores e altos funcionários. A remuneração dos administradores, incluído o PGBL Empresarial, é recomendado pelo Comitê de Remuneração, Conselho de Administração e ratificadas na Assembléia Geral, de forma antecipada e unilateral, levando em consideração resultados apurados nos segmentos de negócio e a necessidade de reter talentos num mercado competitivo , conforme expresso nos Atos societários da CIA e nas respostas do contribuinte;

Pelo regulamento do PGBL Empresarial que não prevê regras claras em relação as contribuições do patrocinador. Conforme Doc. 19 em anexo o Conselho de Administração aprova a forma de distribuição dos aportes extraordinários cujos valores são aprovados em Assembléia da CIA.

Pelos resgates significativos autorizados pelo contribuinte sem qualquer finalidade previdenciária como demonstrado neste

TVF;

- Pelo fato das contribuições feitas ao PGBL Empresarial não ter a finalidade de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, visto que vários participantes estão em gozo de benefícios e continuam a receber os aportes suplementares da instituidora;

Dessa forma, o PGBL Empresarial se afasta dos dispositivos da Lei Complementar 109/01:

a) em seu artigo 2º a LC 109/01 que estabelece que o regime de previdência complementar tem por objetivo instituir planos de benefício de caráter previdenciário;

b) em seu artigo 10 a LC 109/01 estipula que tanto os requisitos de elegibilidade, como a forma de cálculo dos aportes pela Instituidora devem estar claramente definidos no regulamento do plano, o que não acontece no regulamento do PGBL Empresarial;

c) O artigo 69 e parágrafo 1º da LC 109/01 prevê a não incidência de tributação e contribuições de qualquer natureza para custeio dos planos de benefício de natureza previdenciária, que como foi demonstrado, não é o caso do PGBL Empresarial instituído pelo contribuinte.

Intimada em 21/01/2015 (fl. 1.234), a Contribuinte protocolou impugnação em 20/02/2015 (fls. 1.247/1.296 e docs. anexos fls. 1.297/1.479). A DRJ, analisando a defesa, proferiu o acórdão nº 07-38.596, de 24/06/2016 (fls. 1.483/1.520), que manteve o lançamento e que restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CARACTERIZAÇÃO DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

Após o advento da Lei Complementar nº 109, de 2001, somente no regime fechado a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes à determinada categoria, desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio.

Integram a remuneração e se sujeitam à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar se não comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO SOBRE PAGAMENTOS EFETUADOS A PESSOAS FÍSICAS. MULTA ISOLADA.

Verificada a falta de retenção do imposto de renda na fonte após a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de beneficiário pessoa física, será exigida da fonte pagadora a multa de ofício isolada.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) em 20/07/2016 (fl. 1.525), a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.528/1.587 e docs. anexos fls. 1.588/1.622) em 16/08/2016 (fl. 1.527) argumentando, em síntese:

- Que a decisão da DRJ de manter o lançamento nos presentes autos diverge daquela alcançada por outra turma da DRJ no processo administrativo nº 16327.720335/2013-28, tocante à mesma matéria mas apenas a ano calendário diverso;
- Que a fiscalização distinguiu equivocadamente o Plano de Previdência Privada da Recorrente em dois, um sendo a "regra geral" e outro "PGBL Empresarial", este restrito a apenas funcionários de cargos mais elevados e com natureza remuneratória que desvirtuaria o plano com descumprimento da legislação;
- Que, ao contrário do afirmado pela fiscalização, a Contribuinte mantinha um único Plano de Previdência Privada e, apenas, oferecia benefícios suplementares a determinados funcionários;
- Que não há vedação legal, pelo contrário, que no art. 26, § 3º, da Lei Complementar nº 109/2001 há expressa permissão legal para que os planos instituídos em entidades abertas de previdência privada distingam grupos específicos de funcionários;
- Que a natureza remuneratória está inferida pela fiscalização em função de fatos que decorrem das próprias normas legais e regulamentadora, as quais permitem contribuições em valores substanciais, direito de regaste etc. e impõem que os valores destinados aos administradores de empresas de capital aberto sejam aprovados em assembléia geral;
- Que a CF/1988 permite e incentiva a participação dos particulares nas áreas saúde, previdência e assistência social e educação e que os benefícios oferecidos nesses âmbitos não têm relação com o trabalho prestado, ainda que vinculados a contrato de trabalho, tendo natureza benemerente, de forma que não integram o salário nem a remuneração dos empregados para nenhum efeito;
- Que o sistema de previdência privada foi instituído pela Lei n 6.435/1977 e estimulado no Decreto-Lei nº 2.29/1986, e está atualmente regulado pelo art. 202 da CF/1988 e pela Lei Complementar nº 109/2001;
- Que as contribuições à previdência privada não integram a remuneração, não incidindo o IRRF em função do art. 202, § 2º, da CF/1988 e dos arts. 68 e 69, § 1º, da Lei Complementar nº 109/2001, bem como pelo art. 6º, VIII, da Lei nº 7.713/1998, regulamentado pelo art. 39 do RIR/1999;
- Sofrem tributação na forma da legislação aplicável, isso sim, os benefícios concedidos e os resgates, cf. art. 43, XI, da Circular SUSEP nº 338/2007;

-
- Que, tratando-se de imunidade - ou seja, decorrente da CF - deve ser interpretação ampla, não podendo ser limitada por normas de hierarquia inferior;
 - *"No caso concreto, como já dito, todos os fatos invocados pelas autoridades fiscais para justificar a exigência de contribuições previdenciárias, considerados indícios da suposta ilegalidade que teria sido praticada pelo Recorrente, ESTÃO PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO QUE DISCIPLINA A MATÉRIA, NOS CONTRATOS E NO REGULAMENTO DO PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, ESTE ÚLTIMO DEVIDAMENTE APROVADO PELA SUSEP" - fl. 1.539;*
 - Que não se aplica aos Planos de Previdência Privada Aberta a regra do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, este voltado aos Planos de Previdência Privada Fechada;
 - Que, argumentativamente, ainda que o 5º Termo Aditivo fosse considerado um plano autônomo, não padeceria de ilegalidade porque o art. 26, § 3º, da Lei Complementar nº 109/2001 permite a instituição de plano de previdência abrangendo "uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador"
 - Que não se pode aplicar a regra do art. 28, § 9º, 'p', da Lei nº 8.212/1991, vez que incompatível com a Lei Complementar nº 109/2001, a qual, por ser posterior e por ter regulamentado inteiramente a matéria, revogou a parte final daquele comando, nos termos do art. 2º, § 1º, da LICC, entendimento já ratificado, entre outros, pelo acórdão CSRF nº 9202003.193, de 07/05/2014;
 - Que o REsp nº 1.468.436/RS, julgado pelo STJ em 01/12/2015, entendeu que o art. 69, § 1º, da Lei Complementar nº 109/2001 criou hipótese de não incidência;
 - Que conceder contribuições suplementares aos dirigentes visa exatamente o atendimento do objetivo fundamental do plano de previdência, que é garantir na aposentadoria o mesmo padrão alcançado quando na ativa e que as contribuições normais não seriam suficientes para tanto vez que os salários deles são mais altos;
 - Que, ao questionar as características do Plano PGBL - de que os trabalhadores que têm remuneração maior precisam receber contribuições maiores para o plano de previdência - o fisco está questionando o próprio mérito das normas constitucionais e legais que instituíram o atual sistema de previdência privada, e isso só poderia ser feito por alteração legislativa;
 - Que o acórdão 2403-002.310, que analisou o mesmo Plano de Previdência Privada ora analisado, já reconheceu não haver violação ao art. 28, § 9º, 'p', da Lei nº 8.212/1001;
 - Que não existe dispositivo de legislação do IRPF que condicione a isenção dos planos de previdência a que as contribuições sejam em valores idênticos;

- Que a decisão da DRJ inovou ao invocar suposta violação ao art. 1º da Lei Complementar nº 109/2001, vez que o lançamento se fundou nos arts. 2º, 10 e 69 desse diploma;
- Que a DRJ busca criar requisitos não estabelecidos na Lei para a aplicação da isenção;
- Que para se aplicar a exigência imposta pela DRJ, seria necessário que a Lei a tivesse estabelecido;
- Que, sendo "*o resgate uma faculdade do beneficiário cuja observância dos prazos de carência só é controlada pela Entidade Aberta de Previdência Privada, não teria jamais a instituidora, no momento do aporte, como saber se e quando haverá resgate pelo beneficiário*" - fl. 1.561;
- Que, ainda assim, a restrição para o levantamento dos fundos imposta pela DRJ não pode ser extraída do art. 1º da Lei Complementar nº 109/2001, norma genérica e introdutória, mormente quando ela própria faz referência à regulamentação dos demais artigos do seu corpo e o art. 27 expressamente permite o resgate total ou parcial dos fundos da previdência privada;
- Que não há ofensa aos arts. 2º, 10 e 69 da Lei Complementar nº 109/2001, vez que "*o suposto caráter não previdenciário do plano mantido pelo Recorrente é na verdade premissa da alegada violação*" e que devem estar claras as formas de cálculo dos benefícios, e não dos aportes;
- Que o Plano de Previdência foi apresentado e aprovado pela SUSEP, o que não ocorreria se estivesse em desacordo com a Regulamentação;
- Que é possível afastar os argumentos suscitados pela DRJ para atribuir natureza remuneratória aos aportes:
 - conforme o art. 3º, 'b', do seu Regulamento, o Comitê de Remuneração trata não apenas da remuneração em sentido previdenciário, mas também de questões como participação nos lucros, planos de opção de aquisição de ações e de previdência complementar;
 - o fato de os aportes serem próximo ou coincidentes com os valores pagos como remuneração não desnatura, mas antes confirma o caráter previdenciários, vez que os Planos de Previdência têm como objetivo proporcionar aos beneficiários na inatividade o mesmo padrão de vida que tinham na ativa e, para alcançar esse fim, quanto mais alta a remuneração, mais alto também devem ser os aportes;
 - a própria DRJ toma como premissa que não é necessário dispor do plano para todos os funcionários e, ao mesmo tempo, conclui que é necessário disponibilidade para todos; de qualquer sorte, que já discorreu sobre a desnecessidade de que o plano seja disponível a todos os funcionários;
 - a DRJ se equivocou na leitura do 5º Termo Aditivo, vez que a Recorrente é a *Instituidora* e não a *Companhia*, não sendo permitido à Recorrente recusar a inscrição. Nesse contexto, é a *Companhia*, ou seja, a entidade seguradora que tem autorização para recusar propostas, e essa autorização decorre não dos termos do contrato, mas sim da expressa determinação

pelo art. 61 da Circular SUSEP nº 338/2007, repetida na Resolução CNSP nº 139/2005. Ainda, que a entidade seguradora só pode recusar os proponentes caso os mesmos não se demonstrem elegíveis, ou seja, não preencham os requisitos. Enfim, que mesmo que venha a ser rompido o vínculo de trabalho entre a Recorrente e o beneficiário da previdência, esta não pode excluí-lo do Plano, passando ele a ter direito de se relacionar diretamente com a Companhia seguradora nos termos do art. 15 do Regimento;

- Que, a despeito de a DRJ afirmar que os profissionais têm o fato de que o dirigente passa a ser beneficiário do Plano de Previdência não é impeditivo para que continue trabalhando e, continuando vinculado à Recorrente, nada impede que continue aportando valores para melhorar a sua previdência privada;
- o fato de que houve saques pelos beneficiários em janeiro de cada ano-calendário não desnatura o Plano de Previdência pois, como admitido pela própria DRJ, a Lei Complementar nº 109/2001 não deixa dúvidas quanto à possibilidade de resgate total ou parcial pelos beneficiários, o que é ratificado pelo art. 56 da Resolução CNSP nº 139/2005 e pelo art. 19 da Circular SUSEP nº 338/2007. Nesse sentido, que os resgates foram parciais e cumpriram a legislação quanto ao prazo de carência. Ainda, que os resgates feitos em 2010 e 2011 se referem a aportes efetuados dois anos antes, respectivamente. Enfim, que o resgate é feito pelo beneficiário, não tendo a Recorrente nenhuma ingerência sobre o fato;
- o fato de o art. 1º do Anexo I à Circular SUSEP nº 183/2002 facultar ao participante o direito de efetuar pagamentos adicionais não implica proibição para que a Instituidora o faça, sobretudo quando ali se estabelece que "poderão" e não que "deverão" se estipulados anteriormente o valor e a periodicidade das contribuições o direito de resgatar os valores sem carência, isso não é verdade já que há prazos de carência previstos na legislação e no contrato previdenciário, os quais foram rigorosamente cumpridos, e que essa questão não foi contestada pela fiscalização;
- Que o art. 41, § 4º, da Lei Complementar nº 109/2001 não garante à autoridade fiscal a competência de declarar que um plano de previdência complementar aberto devidamente aprovado pela SUSEP não tem tal natureza;
- Que não é possível cobrar multa isolada no presente caso vez que o art. 9º da Lei nº 10.426/2002 faz referência ao inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, o qual depende da constituição do crédito referente ao tributo. Apenas a hipótese do inciso II desse mesmo art. 44 é que admite a constituição da multa isoladamente; e
- Que o Parecer Normativo COSIT nº 01/2002 é claro no sentido de que a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção do imposto da pessoa física, quando se tratar de antecipação, se extingue quando da apresentação da Declaração de Ajuste Anual pela Pessoa Física. Indica os acórdãos CSRF nº 9202-001.886, de 29/11/2011. e nº 9209-002.288, de 08/08/2012.

Intimada a PGFN, esta protocolou Contrarrazões (fls. 1.626/1.644), na qual argumentou, em síntese:

- Que para serem isentos, os depósitos não poderiam ter natureza de remuneração do trabalho e nem ser em função do exercício da atividade laborativa;
- Que o fato de o depósito ser em conta de Previdência Privada não tem o condão de alterar a natureza remuneratória dos recursos;
- Que o Plano Suplementar é parte integrante do Plano de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes, guardando relação de generalidade-especialidade. Este, por sua vez, trata expressamente da cessação das contribuições da Recorrente quando o participante entrar em gozo do benefício. Uma vez que o Plano Suplementar nada dispõe sobre o tema, é possível afirmar que devem ser aplicadas as regras gerais, ou seja, de que cessam as contribuições da Recorrente quando o participante entrar em gozo do benefício. Ainda assim, a Contribuinte continuava a aportar valores em favor dos Participantes do Plano Suplementar. Uma vez que esses aportes não estavam amparados pelo contrato, não podem ter caráter previdenciário, tendo, isso sim, caráter remuneratório;
- Que os arts. 10, I, e 28 da Lei Complementar nº 109/2001 impõem a obrigatoriedade de transparência quanto à forma de cálculo dos benefícios e que seja elaborado um plano anual de custeio, os critérios que determinavam os aportes não foram esclarecidos;
- Que são critérios levados em consideração para determinar o valor dos pagamentos os "resultados apurados" e a "fidelidade, competência e dedicação" dos dirigentes, ou seja, critérios que são usados para determinar pagamentos em razão do trabalho e, logo, justificam a conclusão de que os aportes são verbas remuneratórias;
- Que a fixação dos valores que serão aportados é realizada pelo Comitê de Remuneração, o que ratifica a conclusão de que têm caráter remuneratório;
- Que a *"indiferença manifestada pelo Contribuinte/Instituidora quanto aos critérios para determinar (i) suas contribuições, (ii) a forma de cálculo dos benefícios e para (iii) elaboração do plano de custeio somente encontra explicação no fato de que o chamado Plano de Previdência Suplementar é mecanismo remuneratório e não para formação de reservas previdenciárias."* -fl. 1.631;
- Que o Plano de Previdência Suplementar continha as cláusulas 4.1 e 4.2, as quais previam a possibilidade de retirada da totalidade dos valores aportados, e que a Fiscalização constatou que os Participantes efetivamente faziam resgates periódicos, anuais, em datas próximas e em valores correspondentes aos montantes aportados no ano antecedente pela Instituidora;
- Que a previsão de resgate da totalidade das contribuições aportadas de forma incondicional desnatura o caráter previdenciário, atentando contra o art. 202 da CF/1988, vez que impede a formação da poupança;
- Que o art. 14, III, da Lei Complementar nº 109/2001 permite expressamente o resgate das parcelas aportadas pelo próprio Participante, sendo indevida a

ampliação feita pela Recorrente em relação aos aportes feitos por ela, Instituidora;

- *"35. Ante o exposto, não obstante o resgate constituía direito do Participante, as características que cercam os resgates operados, no caso, denotam o uso da previdência complementar para remuneração indireta. Em que pese a tautologia, temos que (i) os resgates são feitos com habitualidade, a indicar que o padrão de bem-estar dos beneficiários deles depende; (ii) os resgates compreendem os valores aportados pela Instituidora, a demonstrar que não se trata de mero cumprimento de Lei, mas de direito pactuado entre as partes e (iii) os resgates correspondem à totalidade dos montantes aportados, o que é incompatível com a constituição de reservas previdenciárias." - fls. 1.632/1.633*
- Que o fato de os aportes corresponderem muitas vezes ao mesmo valor percebido a título de remuneração corrobora a natureza remuneratória. Se os valores fossem efetivamente mantidos como poupança a ser capitalizada para a previdência, resultariam em quantias muito superiores aos necessários para provar a manutenção do padrão de bem-estar correspondente à fase em que o indivíduo trabalhava. Por comparação, no Plano Geral os aportes representam 8% do valor da remuneração dos participantes;
- Que *"não é o "apelido" conferido a uma parcela que irá definir a sua natureza, sendo relevante aferir se o pagamento segue as regras previstas em lei para neutralizar o efeito remuneratório." - fl. 1.634;*
- Que *" a ausência de informações relativas à forma de cálculo das contribuições e dos benefícios evidencia que não há a preocupação com o gerenciamento de riscos para garantir a solvência e o equilíbrio financeiros que caracteriza a atuação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, conforme Manual de Boas Práticas da PREVIC." - fl. 1.634;*
- Que o *"cuidado em amparar a estrutura do Plano de Previdência de aspectos de regularidade formal não tem o condão de afastar o caráter remuneratório das verbas, quando confrontado com: a) a habitualidade dos resgates da totalidade dos valores aportados, conforme permissivo contratual b) a ausência de qualquer preocupação com o equilíbrio atuarial do Plano de Previdência." - fl. 1.635;*
- Cita precedente que manteve o lançamento em situações idênticas, especificamente o acórdão CARF nº 2402-004.108, ratificado pelo acórdão CSRF nº 9202-004.345;
- Que, quanto à possibilidade de multa isolada, esclarece que a redação do art. 9º da Lei nº 10.426/2002 foi alterado pela Lei nº 11.488/2007, mas *"a única modificação ocorrida foi a exclusão da hipótese de exigência de multa isolada no caso de a fonte pagadora efetuar o recolhimento em atraso sem o acréscimo de multa de mora." - fl.. 1.640;*
- Que a *"Lei 10.426/02 não fez nenhuma ressalva quanto à possibilidade de aplicação isolada da multa pela falta de retenção do Imposto de Renda, não sendo dado ao intérprete criar restrições onde nem mesmo a própria lei o fez." -fl. 1.641;*

- Que o entendimento em relação à distinção da multa de ofício vinculada ou isolada ao tributo, na forma do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, foi exposta no Parecer Normativo Cosit nº 01/2002, aprovado em 24/09/2002, que concluiu que *"independentemente de não mais ser exigível da fonte pagadora o tributo, sobre ela deve recair o lançamento da multa de ofício pela falta de retenção, que, em tal hipótese, só podia ser cobrada de forma isolada."* - fl. 1.643;
- Cita precedente o acórdão CSRF nº 9202-003.583, de 03/03/2015, que aplica a multa isolada em caso de não retenção na fonte após o final do prazo de declaração pela pessoa física; e
- *"74. Finalmente, convém ter em mente que, sob pena de se instituir indesejado tratamento desleal para com aqueles que cumprem rigorosamente os seus deveres, a fonte pagadora deve-se sujeitar à sanção, embora dela não se possa mais exigir o imposto, após o encerramento do prazo para a entrega da declaração de ajuste anual do beneficiário.*
75. Se não houver sanção para as fontes pagadoras que não efetuam as retenções e os recolhimentos a que estão obrigadas, o caráter impositivo dessas obrigações ficará seriamente ameaçado." - fl. 1.644.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias, Relatora designada *ad hoc* para formalização do acórdão

Para registro e esclarecimento, pelo fato do conselheiro Dilson Jatahy Fonseca Neto, responsável pelo voto, ter deixado o CARF antes de sua formalização, fui designada *ad hoc* para fazê-lo.

Esclareço que aqui reproduzo, integralmente, as razões de decidir do então conselheiro, constantes dos arquivos do CARF, aproveitando para registrar minha divergência em relação a elas, o que não me vincula aos fundamentos por ele adotados em seu voto.

Feito o registro.

Conselheiro Dilson Jatahy Fonseca Neto - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço.

1. PRELIMINAR

Argumenta a Recorrente que a DRJ inovou ao fundamentar a manutenção do lançamento com base no art. 1º, da Lei Complementar nº 109/2001, o qual não teria sido suscitado quando do lançamento. Pelo contrário, esclarece que o lançamento se lastreou nos arts. 2º, 10 e 69 da mesma Lei.

Retornando à decisão recorrida, percebe-se que a DRJ efetivamente citou o art. 1º da Lei Complementar nº 109/2001. Entretanto, não assiste razão à argumentação da Contribuinte, uma vez

que o Relatório Fiscal também se lastreou nesse comando legal. Efetivamente, indica-o expressamente quando, no item 6.1 Previdência Privada, discorre sobre a legislação aplicável e esclarece que os seus preceitos gerais estão contidos no art. 202 da CF/1988 e nos arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 109/2001.

Nessa senda, não há que se falar em inovação nem em nulidade da decisão recorrida por esse fundamento.

2. MÉRITO

Superada a nulidade suscitada pela Recorrente, impende analisar o mérito da lide. Resumem-se a dois pontos principais: (1) a possibilidade ou não de impor multa isolada por falta de retenção na fonte dos rendimentos da pessoa física sujeitos ao ajuste anual após o prazo para a apresentação das declarações e (2) a natureza jurídica, se remuneratória ou previdenciária, dos aportes efetuados pela Recorrente no Plano de Previdência Privada.

2.1. Da multa isolada:

O lançamento ora sob litígio tem por objeto a constituição de multa isolada, na forma do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, em função da falta de retenção e recolhimento do imposto de renda quando do pagamento de remuneração a pessoa física.

Argumenta a Contribuinte pela impossibilidade de constituição da multa isolada no presente caso, uma vez que a multa do referido comando legal só se poderia impor quando em conjunto com o crédito referente ao tributo. Nesse sentido, esclarece que após o prazo para a apresentação da declaração de ajuste anual a responsabilidade pelo recolhimento do tributo passa a ser da pessoa física que auferiu o rendimento. Nesse sentido, não podendo ser constituído o crédito do tributo propriamente dito, não pode ser constituída a multa de ofício nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996, também com redação dada pela Lei nº 11.488/2007. Em outras palavras, entende ser impossível a aplicação da multa do art. 9º de forma isolada, como fez a autoridade lançadora.

Analisando a questão, a DRJ concluiu que

"Como vimos, a alteração legislativa [da Lei nº 11.488/2007] após o citado Parecer Cosit nº 1, de 2002, pouco de substancial trouxe no tocante à matéria tratada nos autos. Quando existe previsão de tributação na fonte, a título de antecipação do imposto devido pelo beneficiário dos rendimentos, e a falta de retenção for verificada após a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de pessoa física, e após o encerramento do período de apuração, no caso de pessoa jurídica, incabível a constituição de crédito tributário através do lançamento de imposto de renda na fonte na pessoa jurídica pagadora dos rendimentos. Em suma, nesse caso, o rendimento deveria ser tributado pelo beneficiário do rendimento, exigindo-se da fonte pagadora a multa de ofício de forma isolada, prevista no artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, e os juros de mora." - fl.

1.519

Também a Fazenda Nacional argumenta, em suas Contrarrazões, ser sim possível aplicar a multa isolada no presente caso. Esclarece que, em relação à redação do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, alterada pela Lei nº 11.488/2007, "a única modificação ocorrida foi a exclusão da hipótese de exigência de multa isolada no caso de a fonte pagadora efetuar o recolhimento em atraso sem o acréscimo de multa de mora."

Primeiramente, é importante registrar que tanto a Recorrente quanto a DRJ e a Fazenda Nacional utilizam o mesmo Parecer Normativo Cosit nº 01/2002 para fundamentar as suas respectivas posições. É importante registrar, entretanto, que o Parecer se funda na legislação anterior à Lei nº 11.488/2007, que alterou a legislação referente à penalidade nesses casos de falta de retenção.

Seja como for, imperiosa a análise do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, especialmente comparando a redação original - que lastreou o referido Parecer Normativo - com a redação dada em 2007:

Redação Original	Redação dada pela Lei nº 11.488/2007
Art. 9º Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)	Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, uplicada na forma de seu § 1o, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A leitura isolada do art. 9º da Lei nº 10.426/2002 poderia permitir a afirmação efetuada pela Fazenda Nacional. Efetivamente, constata-se que a Lei nº 11.488/2007 (1) substituiu a referência ao inciso II pela referência ao § 1º, ambos do art. 44 da Lei nº 9.430/1996; e (2) excluiu a aplicabilidade da multa em caso de recolhimento após o prazo sem o acréscimo da multa de mora.

Contudo, é imperioso anotar que a Lei nº 11.488/2007 alterou também o art. 44 da Lei nº 9.430/1996:

Redação Original	Redação dada pela Lei nº 11.488/2007
Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004)	Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;	I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.	II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:	a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
I - juntamente com o tributo ou a contribuição,	

<p>quando não houverem sido anteriormente pagos;</p> <p>II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;</p> <p>III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;</p> <p>IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;</p> <p>V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido. (Revogado pela Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Revogado pela Lei nº 9.716, de 1998)</p>	<p>b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)</p> <p>§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)</p>
--	---

Observa-se que a multa de ofício era estipulada, originalmente, em dois patamares nos incisos do *caput*, i.e., na forma simples e na forma qualificada. Já no § 1º se determinava que as multas, ou seja, ambas as hipóteses do *caput*, poderiam ser aplicadas em conjunto com o tributo ou de forma isolada.

Já na redação dada pela Lei nº 11.488/2007, a Lei passou a distinguir nos incisos do *caput* dois tipos diferentes de multas, a multa conjunta com o tributo e a multa isolada. A questão da duplicação da multa passou a ser tratada no § 1º, que expressamente se limitou à hipótese do inciso I do *caput*. Em outras palavras, no próprio art. 44 da Lei nº 9.430/1996 já se percebe que é possível fazer remissão ao inciso I do *caput*, sem aplicar as mesmas regras para o inciso II do mesmo *caput*.

Retornando ao art. 9º da Lei nº 10.426/2002, percebe-se que a redação dada pela Lei nº 11.488/2007 faz referência exclusivamente à hipótese do inciso I do *caput* do art. 44. Melhor esclarecendo: o legislador restringiu a penalidade do art. 9º à multa do inciso I do art. 44. Isso significa que a penalidade aplicável é apenas aquela da multa conjunta com o tributo.

Quisesse o legislador permitir a imposição de multa isolada, teria feito referência aos incisos I e II do *caput* do art. 44. Ou melhor, simplesmente faria referência às multas do art. 44, sem especificar ou restringir uma de suas hipóteses. Preferiu restringir especificamente à hipótese do inciso I, o que significa que excluiu a multa do inciso II.

Não se argumente que essa linha de entendimento torna letra morta o comando do art. 9º da Lei nº 10.426/2002. A verdade é que continua aplicável em diversas hipóteses, tais como quando o lançamento é efetuado antes do prazo da entrega das DAA, com seu respectivo pagamento, ou quando a tributação é exclusiva na fonte. Apenas, não é aplicável no caso ora sob julgamento.

Seja como for, essa posição encontra amparo em diversos precedentes desse e.CARF, dentre os quais citam-se:

FONTE PAGADORA. AUSÊNCIA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 11.488/2007. RETROATIVIDADE BENIGNA. EXCLUSÃO DA MULTA PREVISTA NO INCISO II DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 9430/96. A multa isolada prevista no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9430/96, foi expressamente excluída, relativamente à fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, com fundamento na Lei nº 11.488/2007. Aplicação do artigo 106, inciso II, "c", do CTN.

FONTE PAGADORA. NÃO EXIGIBILIDADE DO IMPOSTO. PARECER NORMATIVO COSIT nº 01/2002. CONSEQUENTE NÃO INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO INCISO 44, INCISO I, DA LEI Nº 9.430/96. Não mais sendo exigível da fonte pagadora a imposto não recolhido, não há respaldo para incidência, conseqüentemente, da respectiva multa. Recurso especial negado. (acórdão CSRF nº 9202-002.288, de 08/08/2012)

PRELIMINAR. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. A multa pela falta de retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, prevista no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, não pode ser aplicada isoladamente nos casos em que o imposto não mais é exigível da fonte pagadora. (acórdão CARF nº2201-003.295, de 17/08/2016)

AUSÊNCIA DE RETENÇÃO E/OU RECOLHIMENTO DE IRRF PELA FONTE PAGADORA. EXCLUSÃO DA MULTA PREVISTA PELO ART. 9º DA LEI Nº. 10.426/2002. FATOS GERADORES ANTERIORES À ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI Nº. 11.488/2007. RETROATIVIDADE BENIGNA. Para os fatos geradores ocorridos anteriormente a alteração da redação do art. 9º da Lei nº. 10.426/2002, promovida pela Lei nº. 11.488/2007, aplica-se a retroatividade benigna prevista no art. 106, II, a, do Código Tributário Nacional, ante o fato de a referida alteração ter deixado de prever a aplicação da multa isolada do inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/96. (acórdão CARFnº2201-003.262, de 12/07/2016)

AUSÊNCIA DE RETENÇÃO E/OU RECOLHIMENTO DE IRRF PELA FONTE PAGADORA. EXCLUSÃO DA MULTA PREVISTA PELO ART. 9º DA LEI Nº. 10.426/2002. ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI Nº. 11.488/2007. A multa isolada prevista no art. 9º da Lei nº. 10.426/2002, com redação dada pela Lei nº. 11.488/2007, deixou de aplicar a multa isolada do inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/96 aos casos de ausência de retenção de IRRF com posterior pagamento do tributo, por fazer menção expressa ao inciso I deste artigo, que trata somente da multa aplicada ao lançamento de ofício realizado nos casos de ausência de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e declaração inexata. (acórdão CARFnº2401-004.065, de 28/01/2016)

Diante do exposto, é necessário dar provimento ao Recurso Voluntário para cancelar o auto de infração.

2.2. Da natureza dos aportes

A par da questão supra atacada, que são suficientes para ferir de morte o lançamento, também se encontra em litígio a discussão acerca da natureza jurídica dos aportes efetuados pela Recorrente no Plano de Previdência PGBL-Empresarial em favor de seus dirigentes.

Fiscalizando a empresa, a autoridade fazendária concluiu que os valores aportados pela Recorrente em favor dos seus dirigentes no Plano de Previdência Privada PGBL-Empresarial não tinham natureza jurídica previdenciária. Pelo contrário, concluíram que se tratavam de remuneração e, nesse caminho, estavam sujeitos à tributação do IRPF com retenção na fonte. Seus fundamentos foram resumidos no Relatório Fiscal da seguinte forma:

"9. Conclusão:

A natureza remuneratória do PGBL Empresarial, conforme demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal, fica caracterizada :

- Pelos aportes suplementares em valores substanciais que estão inseridos na política e diretriz traçada pela CIA em relação a remuneração de seus administradores e altos funcionários. A remuneração dos administradores, incluído o PGBL Empresarial, é recomendado pelo Comitê de Remuneração, Conselho de Administração e ratificadas na Assembléia Geral, de forma antecipada e unilateral, levando em consideração resultados apurados nos segmentos de negócio e a necessidade de reter talentos num mercado competitivo , conforme expresso nos Atos societários da CIA e nas respostas do contribuinte;

- Pelo regulamento do PGBL Empresarial que não prevê regras claras em relação as contribuições do patrocinador. Conforme Doc. 19 em anexo o Conselho de Administração aprova a forma de distribuição dos aportes extraordinários cujos valores são aprovados em Assembléia da CIA.

- Pelos resgates significativos autorizados pelo contribuinte sem qualquer finalidade previdenciária como demonstrado neste TVF;

- Pelo fato das contribuições feitas ao PGBL Empresarial não ter a finalidade de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, visto que vários participantes estão em gozo de benefícios e continuam a receber os aportes suplementares da instituidora;" - fl. 23.

Tendo a Recorrente impugnado, a DRJ conclui pela procedência do lançamento, uma vez que (1) os aportes para a previdência eram estabelecidos pelo Comitê de Remuneração; (2) os aportes eram em valores substanciais e, em muitos casos, no mesmo montante do rendimento do trabalho; (3) critérios para elegibilidade eram definidos exclusivamente pela Instituidora, a qual poderia recusar a proposta de inscrição do participante e não haviam regras clara para os aportes do patrocinador; (4) muitos participantes já em gozo do benefício continuaram a receber aportes em seu favor; (5) foram constatados resgates em valores substanciais e geralmente em janeiro; (6) que os participantes têm o direito de resgate sem carência. Em suma, concluiu pela soma de todos esses

elementos, que o plano não atendia ao objetivo da Lei, que é a constituição de reservas que garantam um benefício futuro.

Por fim, em suas Contrarrazões, a Fazenda Nacional ratifica que têm natureza remuneratória, ressaltando que (1) foram feitos aportes em favor de participantes em gozo do benefício e sem previsão contratual; (2) não haviam regras clara para determinar as contribuições a cargo da empresa instituidora, em descumprimento aos arts. 10 e 18 da LC n°

109/2001; (3) o resgate da totalidade dos valores aportados é incompatível com o caráter da previdência; (4) os valores aportados não são condizentes com o caráter previdenciário, especialmente quando a Contribuinte não demonstrou preocupação com o equilíbrio atuarial do Plano.

Por sua vez, a Recorrente busca confrontar cada um desses argumentos. Segundo ela, (1) há previsão legal permitindo planos de previdência privados distinguindo grupos específicos; (2) os valores pagos à previdência privada não integram a remuneração cf. art. 202, § 2º, da CF/1988, arts. 68 e 69, § 1º, da LC n° 109/2001, e art. 6º, VIII, da Lei n° 7.713/1988 e regulado pelo art. 39 do RIR/1999; (3) se trata de imunidade, prevista na constituição, e portanto deve ser entendida de forma ampla; (4) o STJ já reconheceu no REsp n° 1.468.436/SP que o art. 69, § 1º, da LC n° 109/2001 instituiu hipótese de não incidência; (5) o plano de previdência foi aprovado pela SUSEP; (6) o art. 16 da LC n° 109/1999 não se aplica *in casu*, porquanto destinado aos Planos de Previdência Fechados; (7) os aportes complementares aos dirigentes visa exatamente garantir a constituição de reservas previdenciárias, uma vez que eles têm rendimentos superiores aos demais funcionários e necessitam desses aportes para constituir o saldo suficiente no PGBL para que obtenham benefícios condizentes; (8) o lançamento e a decisão recorrida buscam criar requisitos não existentes na Lei para admitir a isenção; (9) o resgate é um direito do participante do Plano, não tendo a Instituidora qualquer ingerência; (10) o plano foi aprovado pela SUSEP, o que não ocorreria se estivesse em desacordo com a legislação e a regulamentação; (11) a despeito de receber o nome de Comitê de Remuneração, esse comitê trata não apenas de remuneração em sentido previdenciário, mas também de outros elementos, como o PLR, os planos de aquisição de ações e, inclusive, da previdência complementar; (12) é a Companhia seguradora, e não a Recorrente-Instituidora, que pode recusar os proponentes e, mesmo nesses casos, só pode fazê-lo em situações específicas, tais como o proponente não preencher os requisitos para aderir ao Plano Suplementar; (13) o fato de que o Participante do Plano de Previdência está em gozo do benefício não impede que continue a aportar valores para melhorar a sua previdência; (13) que o art. 1º do Anexo I à Circular SUSEP n° 183/2002 não proíbe a Instituidora de efetuar aportes adicionais; (14) a DRJ se equivocou ao afirmar que os profissionais podem resgatar os valores independente de carência, visto que há prazos estipulados na legislação e no contrato previdenciário, que foram cumpridos, fato jamais contestado pela autoridade lançadora; e (15) o art. 41, § 4º, da LC n° 109/2001 não garante à autoridade fiscalizadora a competência para afastar a natureza previdenciária de um plano privado devidamente aprovado pela SUSEP.

Passamos à análise dos argumentos.

Sobre a existência de Plano(s) com beneficiários diversos:

Argumenta a Recorrente que há um único plano ofertado a todos, e sobretudo que é possível a oferta de benefícios distintos para certos grupos de funcionários. A verdade é que, como bem já esclareceu a DRJ, essa questão não foi fundamento do lançamento:

"Em análise dos autos, constata-se que as citadas contribuições têm sim natureza remuneratória. Todavia, isso não decorre da alegada inobservância ao disposto na alínea "p" do parágrafo 9º do artigo 28 da Lei n° 8.212, de 1991, que estabelece que o programa de previdência complementar, aberto ou fechado, deve estar disponível à totalidade dos empregados da empresa." - fl. 1.507

Por esse motivo, despidendo alongar sobre matéria inócua ao deslinde do julgamento.

Quanto ao valor dos aportes e da política de remuneração:

A primeira conclusão alcançada pela autoridade lançadora foi que os valores aportados eram substanciais, que estavam inseridos na política de remuneração da Recorrente, sendo recomendado pelo Comitê de Remuneração, levando em consideração os resultados apurados nos seguimentos do negócio e a necessidade de reter talentos.

Com relação à resposta da Contribuinte, durante a fiscalização, de que os aportes são feitos em favor dos seus colaboradores como forma de reter talentos, nada mais óbvio.

O objetivo de toda atividade empresarial é o lucro e qualquer despesa que tenha outro objetivo foge ao propósito intrínseco da atividade empresária. Nesse sentido, como regra, os dispêndios incorridos terão o objetivo de maximizar o lucro, ainda que de forma indireta, como é o caso do patrocínio esportivo, que se faz não pelo amor ao esporte e sim como forma de propagar a marca. No mesmo sentido, se institui um Plano de Previdência, não o faz por mera liberalidade em favor dos beneficiários, mas sim com o objetivo de reter seus talentos. Não apenas no plano suplementar, mas também no plano geral. Isso porque, ao escolher entre duas possíveis empregadoras em condições idênticas de trabalho, de ambiente de trabalho, de salário etc., se uma delas oferecer esse benefício e a outra não, então é certo que o profissional escolherá ela.

Acontece que a Constituição Federal expressamente desvinculou os Planos de Previdência Privada dos contratos de trabalho, estipulando como cláusula constitucional que não serão tidos como remuneração. Em outras palavras, não é tido como contraprestação do trabalho. Fê-lo com o objetivo exatamente de incentivar as empresas a instituir tais benefícios aos seus empregados.

Diversas rubricas têm o mesmo objetivo de incentivar a retenção de talentos e, ao mesmo tempo, não configuram remuneração para fins do contrato de trabalho. São exemplos a participação nos lucros e resultados, a complementação do auxílio-doença e a prestação de serviços médicos. Tais benefícios não são obrigatórios, podendo ou não ser instituídos pelas empresas; as empresas que os oferecem, fazem-no com o objetivo de reter talentos, ou seja, para incentivar seus trabalhadores a permanecerem nos empregos, e não por fundamentos absolutamente altruístas como se poderia querer. Ainda assim, quando pagos em conformidade com a Lei, não configuram remuneração para fins previdenciários.

Em suma, o fato de que os aportes ao Plano de Previdência em apreço são feitos para reter talentos não é elemento apto a desnaturá-lo. Antes, é mera constatação da realidade prática, como são quaisquer aportes feitos a quaisquer Planos de Previdência.

Quanto ao fato de que os aportes são sugeridos pelo denominado Comitê de Remuneração, nada de estranho. Conforme o Estatuto Social (fls. 310/335), o Comitê de Remuneração é um entre diversos comitês (e.g. Comitê de Conduta Ética, Comitê de Controles Internos e Compliance), e tem por objetivo propor ao Conselho de Administração as políticas e diretrizes de remuneração dos administradores estatutários. Portanto, o Comitê não tem efetivo poder decisório, mas tão somente consultivo, podendo propor, mas não determinar. Outrossim, do seu Regimento (fls. 336/338) se percebe que esse Comitê tem o objetivo de traçar as diretrizes gerais para as remunerações fixas e variáveis, as quais incluirão bônus, PLR etc., e nem por isso desnaturar-se-á tais rubricas.

Pelo contrário, o valor dos aportes foi definido pela Assembléia de Acionistas - cf. Atas anexadas (fls. 173 e 174). Não poderia ser diferente, vez que os aportes foram feitos em favor dos dirigentes da empresa e, nos termos do art. 152 da Lei das S.A.¹, a definição do seu montante se

Art. 152. A assembleia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, INCLUSIVE BENEFÍCIOS DE QUALQUER NATUREZA e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado.

encontra dentro da competência da Assembléia. Admitir que os próprios administradores estabelecessem o valor dos aportes que serão realizados em seu favor nos Planos de Previdência Privada atentaria contra o direito dos acionistas, mormente daqueles minoritários.

Enfim, alcança-se a questão central desse ponto: segundo a autoridade lançadora, os valores aportados são substanciais e a Contribuinte não apresentou regras claras para a apuração dos valores a serem aportados.

Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que o Plano de Previdência Privada ora sob análise, especificamente na parte suplementar instituída no 5º Aditivo, tenha como beneficiários dirigentes e administradores da Contribuinte. São pessoas físicas que recebiam altíssimas remunerações, muito distantes da remuneração dos beneficiários da regra geral do plano. Como exemplificou a autoridade lançadora, houve dirigente que auferiu rendimento na ordem de R\$ 6.240.000,00 no ano-calendário de 2011, ou seja, R\$ 520.000,00 por mês (em cálculo simplificado, sem considerar a existência de pagamentos do adicional de férias e do décimo terceiro).

Por sua vez, é questão pacífica que o objetivo da Previdência Privada é buscar oferecer ao beneficiário um rendimento na aposentadoria similar àquele auferido na ativa. Ou seja, garantir que a renda mensal do trabalhador não sofra uma brusca alteração quando parar de trabalhar, limitando-se ao montante pago pela previdência pública.

Por certo ninguém há de argumentar que esse objetivo se destina apenas ao trabalhadores com renda baixa ou média. O simples fato de que o indivíduo recebe rendimentos na ordem de centenas de milhares de reais por mês não lhe retira o direito de buscar meios de garantir que continuará auferindo renda nesse patamar após a sua aposentadoria. E um desses meios é a constituição de previdência particular que pague mensalidades nesses valores.

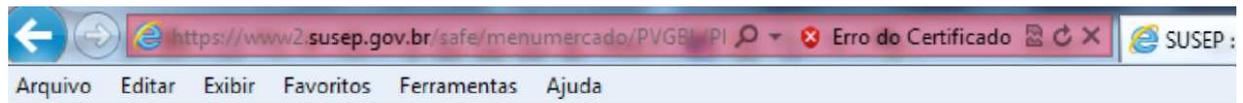
A autoridade lançadora, assim como a DRJ e a PGFN questionaram o valor dos aportes, considerados substanciais. Acontece que no Plano de Previdência Privada ora sob análise os benefícios são calculados conforme o valor do saldo da provisão matemática apurado na data da concessão da renda. Isso significa que o valor da renda não é pré-fixado, mas sim apurado conforme o montante das contribuições feitas ao Plano de Previdência Privada: se o saldo for maior, a renda mensal será maior; se o saldo for menor, a renda mensal também será menor. É o que estabelece o 5º Aditivo (fls. 295/299),

"3.2 No PGBL o valor do Benefício será calculado em função dos recursos acumulados na Conta de Reserva de Participante — Parte INSTITUIDORA e Conta de Reserva do Participante — Parte Participante." - fl. 295.

Para fins de exemplificação, é interessante fazer no sistema on-line da SUSEP uma simulação do benefício no PGBL instituído no processo nº 10.003048/01-23²:

2

<https://www2.susep.gov.br/safe/numerado/PVGBL/Plano.aspx/Calcular?planoId=11609&tipoPlanoId=1&modalidadeRendaId=3>



Informações gerais	
TIPO:	PGBL Instituído
PROCESSO Nº:	10.003048/01-23
SEGURADORA:	BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S.A.
MODALIDADE DE RENDA:	Renda Mensal Vitalícia com Prazo Mínimo Garantido

Parâmetros para o cálculo			
DATA DE NASCIMENTO DO SEGURADO:	01/01/1960	SEXO DO SEGURADO:	Masculino
DATA PREVISTA PARA CONCESSÃO DA RENDA:	01/01/2020		
PRAZO MÍNIMO CONTRATADO EM ANOS:	30		
VALOR DO SALDO (ESTIMADO OU VERIFICADO) DA PROVISÃO MATEMÁTICA, NA DATA PREVISTA PARA CONCESSÃO DA RENDA:	108.000.000,00		

Resultado	
IDADE DO SEGURADO NA CONCESSÃO DE RENDA EM ANOS:	60
FATOR DE CÁLCULO DE INDENIZAÇÃO:	0,00482952
VALOR DA RENDA MENSAL:	521.588,14

Em outras palavras, supondo que um dirigente do sexo masculino tenha nascido em 01/01/1960 e queira se começar a gozar do benefício com exatos 60 anos - idade mínima conforme a cláusula 3.3.6 do 5º Aditivo -, que tenha auferido rendimento mensal na ordem de R\$ 520.000,00 (exemplo de renda retirado do Relatório Fiscal), tenha optado pela modalidade renda vitalícia com prazo mínimo de 30 anos, então ele deverá acumular um saldo de R\$ 108.000.000,00 (cento e oito milhões) na sua conta de reservas da previdência.

Tomado esse valor em consideração, é realmente admissível que os aportes sejam consideráveis.

Reafirma-se: se a previdência privada tem por objetivo garantir um rendimento no mesmo patamar daquele auferido na atividade, então é necessário que se considere o rendimento do indivíduo *in concreto*, e não um rendimento médio nacional ou outro que a autoridade fiscalizadora considere suficiente. Não se pode - ausente Lei - impor que o benefício da Previdência Privada de limite a R\$ 1.000,00, R\$ 10.000,00 ou mesmo R\$ 100.000,00, especialmente quando o indivíduo tem rendimento normal de R\$ 520.000,00.

Retornando ao Relatório Fiscal, constata-se que a Contribuinte aportou em favor do dirigente citado oito parágrafos acima, um total de R\$ 5.460.000,00 no ano-calendário de 2011. Se também para ele for necessário acumular um saldo de R\$ 108.000.000,00 no PGBL para manter o mesmo rendimento de R\$ 520.000,00 mensal, então seriam necessários quase vinte anos de aportes por parte da Instituidora.

Portanto, percebe-se que os aportes são substanciais quando analisados isoladamente, porém proporcionais quando tomados em consideração os cálculos apresentados.

Enfim, também não pode prevalecer o argumento de que não foram esclarecidos os cálculos para apurar os aportes. Pelo contrário, constata-se que a Contribuinte apresentou ainda durante a fiscalização tabela indicando a forma como seriam calculados os aportes, tabela essa que foi transcrita no Relatório Fiscal:

CONTRIBUIÇÕES SUPLEMENTARES

(Vigência de Janeiro/2010 a Maio/2011)

<i>TEMPO DE CARGO NA ORGANIZAÇÃO</i>	<i>PERCENTUAL DO HONORÁRIO</i>
<i>Até 1 ano</i>	<i>0,0%</i>
<i>1 a 5 anos</i>	<i>25,0%</i>
<i>5 a 8 anos</i>	<i>50,0%</i>
<i>8 a 10 anos</i>	<i>75,0%</i>
<i>acima de 10 anos</i>	<i>100,0%</i>

CONTRIBUIÇÕES SUPLEMENTARES

(Vigência a partir de Junho/2011)

<i>Conselho de Administração e Diretores Estatutários: 02 (dois) Honorários Mensais</i>
<i>Superintendente Executivo: Valor Fixo R\$ 38.000,00 Mensal</i>
<i>Gerente Regional: Valor Fixo R\$ 19.000,00 Mensal</i>

Nesse âmbito, registra-se que a autoridade lançadora criticou ainda a alteração dessa tabela pelo Conselho de Administração e não pela Assembléia. Entretanto, conforme as Atas, constata-se que a Assembléias de Acionistas aprovou o valor global dos aportes à Previdência Privada, sendo irrelevante a forma de fazê-lo desde que não ultrapasse aquele valor global.

Ainda que esses cálculos não fossem condizentes, e que a Contribuinte não tivesse apresentado a tabela acima, a verdade é que o Plano de Previdência Privada foi devidamente aprovado pela SUSEP. Em outras palavras, é necessário tomar como premissa que os cálculos atuariais estão corretos. Cabe à autoridade lançadora, isso sim, o ônus de infirmá-los, demonstrando que os valores aportados estão inadequados, que levariam a benefícios muito superiores àqueles desejados ou indicados pela Instituidora e pela operadora

do PGBL.

É que o ônus das provas deve ser bem distribuído. Quando o lançamento se baseia em mera glosa da declaração, o ônus recai sobre o Contribuinte: cabe a ele demonstrar a veracidade das informações declaradas. Quando o lançamento se lastreia em outras infrações, então cabe à autoridade lançadora comprovar a ocorrência da infração. Por exemplo, tratando-se de omissão de rendimento por

depósitos bancários, cabe à autoridade lançadora comprovar a ocorrência dos depósitos bancários; quando o lançamento recai sobre a omissão de rendimentos decorrente do ganho de capital, cabe à autoridade lançadora comprovar a ocorrência da alienação. *In casu*, se o lançamento tem por objeto a desconfiguração da natureza jurídica dos depósitos feitos em Plano de Previdência Privada devidamente constituído, então cabe à autoridade lançadora comprovar que o montante tem natureza jurídica de rendimento e não de contribuição à previdência privada.

Se o argumento para comprovar que o depósito tem natureza de rendimento é que o aporte é desproporcional, então deve comprová-lo, demonstrando o seu excesso, demonstrando que não é condizente com a realidade. Pelo contrário, não apresentou cálculos nem critérios concretos, mas apenas ilações genéricas baseadas no espanto quanto à ordem de grandeza dos valores envolvidos.

Efetivamente, se os valores aportados são excessivos, então qual o montante seria admissível? Qual o valor dos aportes que seria aceito como adequado? Com base em qual critério alcançou esse valor? Quais os cálculos desenvolvidos para alcançar o valor que seria suficiente para garantir aos dirigentes um benefício da Previdência Privada compatível com aquele auferido do trabalho?

Em suma, seja porque a autoridade lançadora não se desincumbiu do seu ônus de comprovar o montante adequado para os aportes, seja porque a Contribuinte apresentou a sua tabela de cálculos, seja ainda porque, conforme simulação na SUSEP, os valores dos aportes são proporcionais aos benefícios desejados, então esse fundamento não pode subsistir.

Quanto aos aportes efetuados em favor de participantes já em gozo do benefício

Ainda segundo o lançamento, os aportes têm natureza de remuneração porquanto alguns dos Participantes do Plano Previdenciário Privado já se encontravam em gozo do benefício.

Também não pode prevalecer esse fundamento.

Em primeiro lugar, porque não atinge todos os depósitos. No máximo, afetaria os aportes específicos feitos em favor dos Participantes já em gozo. Jamais poderia afetar os aportes feitos em favor dos Participantes que ainda não gozavam do benefício.

Em segundo lugar, porque, como esclarecido no item anterior, o benefício do PGBL é apurado conforme o saldo previsto na data da concessão da renda. Em outras palavras, o aporte feito em favor de quem já está em gozo do benefício acaba por melhorar a sua situação, de sorte que a aumentar o benefício no mês seguinte.

Se o Participante optou por iniciar o gozo dos benefícios assim que preencheu os requisitos, certamente observará rendimento inferior àquele que poderia obter caso tivesse continuado efetuando aportes. Nesse caminho, ao aportar novos valores elevará o seu saldo e obterá rendimento mensal maior. Eis que resta justificável a continuidade dos aportes mesmo após a concessão do gozo do benefício.

Em terceiro lugar, é possível observar que o Regulamento do Plano de Previdência Privado Geral efetivamente estabelece que:

"3.8 As contribuições mensais, pagas pela INSTITUIDORA e pelos Participantes, cessarão em relação a cada Participante, quando este entrar em gozo de um dos Benefícios previstos no Plano de Benefícios, falecer ou requer o cancelamento de sua inscrição no mesmo." - fl. 281;

(...)

"12.4 Os Participantes e/ou Beneficiários em gozo de um dos Benefícios constantes do Plano de Benefícios, previstos neste Contrato, passarão a se relacionar diretamente com a COMPANHIA, e continuarão a recebê-los na forma pactuada, totalmente desvinculados de quaisquer obrigações da INSTITUIDORA." - fl. 290.

Essas cláusulas servem exatamente para exonerar a Contribuinte de qualquer responsabilidade em relação ao Plano Previdenciário a partir do instante em que é concedido o benefício, mas também exonera o Participante da responsabilidade de continuar efetuando aportes. Desse ponto em diante, apenas a Companhia é que tem responsabilidade de pagar o benefício, e de fazê-lo diretamente ao Participante, que, por sua vez, também só poderá cobrar dela, e não da instituidora, o pagamento dos benefícios.

Se é verdade que essas cláusulas estabelecem que cessa a obrigação da Instituidora, em nenhum lugar proíbe-a de continuar efetuando aportes. Pode, isso sim, optar por continuar a fazer aportes em favor dos Participantes, mesmo os que já estão em gozo do benefício. Esses aportes posteriores serão facultativos, mas nem por isso deixarão de ser contribuições para a previdência privada. Eventualmente, implicarão melhoria do benefício em favor do Participante, trazendo-o a patamar mais próximo do rendimento auferido na atividade.

Enfim, uma vez que não há nenhuma proibição de aportes após a concessão do benefício, mas apenas dispensa, então não há irregularidade que justifique o lançamento.

Quanto ao resgate:

Enfim, resta a questão dos resgates efetuados pelos Participantes.

Segundo desenvolvem a autoridade lançadora, a DRJ e a PGFN, o fato de que os valores aportados pela Contribuinte foram resgatados em sua quase integralidade pelos Participantes é indício de que esses aportes jamais tiveram o objetivo de compor o saldo da previdência privada, sendo antes remuneração. A autoridade lançadora faz comparação dos resgates efetuados com a remuneração auferida no mesmo ano. Por sua vez, a DRJ afirma que os Participantes resgatavam os valores sem respeito a prazos de carência. Enfim, a PGFN argumenta que os resgates da quase integralidade dos valores aportados de forma habitual demonstra que os Participantes dependiam desses valores para manter o seu padrão de vida, que impede a constituição das reservas e isso fere o caráter previdenciário e, enfim, que o levantamento da integralidade dos valores depende da aquiescência da Instituidora.

É necessário, primeiro, fazer alguns esclarecimentos. Conforme a Lei Complementar nº 109/2001:

Seção III

Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas Art.

26. (...)

*Art. 27. Observados os conceitos, a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador, **é assegurado aos participantes o direito à portabilidade, inclusive para plano de benefício de entidade fechada, e ao resgate de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente.***

Já a SUSEP, em página dedicada ao esclarecimento de informações ao público em geral³, anota que:

³ <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta>

Prazo de diferimento: período de tempo compreendido entre a data da contratação do plano pelo participante e a data escolhida por ele para o início da concessão do benefício, podendo coincidir com o prazo de pagamento das contribuições;

(...)

Resgate: a restituição ao participante do montante acumulado na provisão matemática de benefícios a conceder relativa ao seu benefício.

O Resgate é obrigatório nos planos de benefício por sobrevivência (aposentadoria), sendo concedido ao participante que desistir do plano, no valor correspondente ao montante acumulado em sua provisão matemática de benefícios a conceder. Nos demais planos, deverá ser observado o contrato (regulamento).

(...)

*** Qual a carência para portabilidade e resgate? Posso efetuar-los de forma parcial?**

R. Para o resgate total, o prazo de carência estará compreendido entre 60 (sessenta) dias e 24 (vinte e quatro) meses, de acordo com o estabelecido no Regulamento. Para os resgates parciais, o prazo de carência estará compreendido entre 60 (sessenta) dias e 6 (seis) meses, de acordo com o estabelecido no regulamento.

A portabilidade será pela totalidade dos recursos e o prazo máximo de carência será de 60 (sessenta) dias, de acordo com o estabelecido no regulamento.

Em outras palavras, é necessário distinguir o prazo de diferimento do prazo de carência para resgate. No caso ora em análise, o prazo de diferimento é de, no mínimo, dez anos (cláusula 4.5.'b' do Regimento Geral do Plano). O Participante não é, nem poderia ser, obrigado a aguardar o prazo de diferimento para resgatar o seu saldo, uma vez que o prazo de carência para resgate é de, no máximo, vinte e quatro meses, conforme a própria SUSEP.

Portanto, não há nenhuma irregularidade no fato de que os Participantes resgatavam os seus respectivos saldos antes do fim do prazo de diferimento, desde que tenham respeitado o prazo de carência para resgate.

Em que pese a autoridade lançadora tenha criticado os resgates, e tenha feito comparativo do resgate de 2010 e de 2011 com as remunerações pagas nos mesmos anos, respectivamente, jamais imputou qualquer infração ou desrespeito ao prazo de carência para resgate. Nesse caminho, é necessário concluir que a DRJ equivocou-se ao afirmar que os Participantes não respeitavam o prazo de carência; talvez quisesse afirmar que não respeitavam o prazo de diferimento.

Enfim, convém resumir as conclusões já alcançadas:

- O resgate do saldo é um direito do Participante;
- O prazo **máximo** de carência para o resgate é de dois anos, podendo ser inferior;
e
- Não há acusação no lançamento de desrespeito ao prazo de carência.

Tomando essas conclusões como premissas, é necessário concluir que o Participante que resgata o seu saldo antes do prazo de diferimento, mas após o prazo de carência, não comete irregularidade.

Efetivamente, a Constituição Federal atribuiu à Lei Complementar a competência para dispor sobre as Previdência Privadas. A Lei Complementar nº 109/2001, que rege a matéria, admite em seu art. 27, supra transcrito, a possibilidade de resgate total dos recursos de reserva técnica, sem fazer nenhuma ressalva. Portanto, ainda que discorde do sentido filosófico-moral-econômico da Lei, não cabe ao aplicador do direito contestá-la.

Não é sem razão, nesse contexto, a que a autoridade lançadora argumenta que os resgates impedem a formação de saldo apto a gerar benefícios previdenciários. Efetivamente, se o Participante não permite que se acumulem depósitos em seu favor, não terá benefícios a gozar. Entretanto, não pode o aplicador do direito alterar o conteúdo expresso da Lei ao argumento de que é ilógico. Se a Fazenda Nacional entende ser pequeno o prazo de dois anos, ou mesmo indevido o direito ao resgate, então deve trabalhar para alterar a legislação; não pode, enquanto vigente a norma, imputar infração ao cidadão que exerce o direito legalmente estabelecido.

A título argumentativo, ainda que fosse aplicável o art. 14 da Lei Complementar nº 109/2001, estipulado expressamente para os Planos de Previdência de Entidades Fechadas, também aos Planos de Previdência de Entidades Abertas, em detrimento do art. 27 da mesma Lei, não há ali proibição de resgate dos valores aportados também pela Instituidora. Pelo contrário, há, isso sim, obrigação de que sejam resgatáveis no mínimo os valores aportados pelo próprio Participante.

Enfim, a principal questão.

Se o resgate é um direito do Participante, se é ato exclusivamente seu, não se pode atribuí-lo à Recorrente, como se ela é quem tivesse agido.

In casu, a autoridade lançadora afirma que o resgate dos valores aportados faz com que perca o caráter previdenciário. Ainda que se desconsidere a expressa permissão legal para o resgate integral, é o Participante, e não a empresa, quem realiza os resgates.

Pelo contrário, nem mesmo se pode argumentar que a Contribuinte laborou para facilitar esse levantamento, estabelecendo o prazo mínimo admitido pela SUSEP. A verdade é que o prazo imposto, de dois anos, é exatamente o **máximo** permitido. Nada mais poderia fazer a Recorrente.

No que toca às cláusulas 4.1 e 4.2 do 5º Aditivo, que condicionam o resgate durante o período de diferimento à "*expressa autorização da INSTITUIDORA*", percebe-se que são cláusulas inócuas, vez que criam requisitos para um direito garantido por Lei.

Enfim, para que se pudesse atribuir à Recorrente o ato dos Participantes, seria necessário imputar a ocorrência de conluio. I.e., seria necessário reunir em uma mesma conduta ambas as partes, a Instituidora que efetuou o aporte e o Participante que o resgatou. Acontece que tal acusação não existe nos autos.

Dispositivo

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso.

Foi assim que o conselheiro votou na sessão de julgamento, conforme registro.

(assinado digitalmente)

Rosy Adriane da Silva Dias

Voto Vencedor

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Redator designado

Acompanhando o relator quanto à preliminar, passo ao exame das questões de mérito.

Da multa isolada.

Tenho por pertinente e em conformidade com a legislação de regência, a multa isolada aplicada pela fiscalização, com base no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, situação essa não alterada com o advento da Lei nº 11.488/07. Nesse sentido, vem decidindo a CSRF seguidamente, vide, ilustrativamente, os acórdãos de nº 9202-003.834 (j. mar/16) e de nº 9202-005.537 (j. ago/17).

Concordando plenamente com o entendimento exarado naquela ocasião, peço vênua para transcrever os fundamentos alinhavados voto condutor do primeiro acórdão citado no parágrafo anterior, os quais passo agora a transcrever:

"No tocante a aplicação da penalidade, entendo correta sua incidência posta no auto de infração e mantida até o acórdão recorrido.

Primeiramente, a penalidade do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.488/2007 descreve uma infração que é deixar a fonte pagadora de reter ou recolher o imposto ou contribuição, independentemente de ser o tributo pago ou não. Logo, não me parece lógico que a remissão ao artigo 44 da Lei 9.430/1996, também com a redação dada pela mesma lei de 2007, viesse para impossibilitar a penalização da conduta reprovada pelo sistema, que já existia. Entender diferente seria aceitar que a conduta reprovável não fosse sancionada pela mesma norma que impõe a sua sanção.

Outrossim, o art. 44 da Lei 9.430/1996, definia fato gerador autônomo de penalidade e a multa por falta de recolhimento do IRRF se lastreava apenas na base de cálculo daquela norma; continuou a fazê-lo após a edição da Lei nº 11.488/2007.

Adoto ainda as considerações e argumentos sobre a matéria expostos pela i. Conselheira Dra. Maria Helena Cotta Cardozo, tratando da mesma matéria, em voto exarado no acórdão nº 9202-003.583, de 03/03/2015, nesta 2ª Turma da CSRF:

'Referida multa foi aplicada à fonte pagadora, com fundamento no art. 9º, da Lei nº 10.426, de 24/04/2002, com a redação dada pelo artigo 16, da Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

De plano, não há que se falar em suposta retroatividade benigna (art. 106, inciso II, "a", do CTN), considerando-se que a penalidade em tela teria sido extinta inicialmente pela Medida Provisória nº 303, de 29/06/2006, que perdera eficácia, e depois pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de

15/06/2007.

Ora, os fatos geradores objeto da autuação ocorreram em novembro e dezembro de 2007, portanto já na vigência da Lei

nº 11.488, de 15/06/2007, de sorte que se a penalidade ora tratada houvesse efetivamente sido extinta - o que aqui não se admite - ela haveria de ser afastada pela simples aplicação direta da citada lei, e não por meio do art. 106, II, "a", do CTN.

Entretanto, tal nuance não merece ser discutida, tendo em vista que a multa em tela nunca foi extinta, conforme será demonstrado.

(...)

O que está sendo cobrado, no presente caso, é unicamente a multa pelo não cumprimento, por parte da fonte pagadora, da obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento do IRRF, a título de antecipação.

A penalidade em tela foi instituída pela Medida Provisória nº 16, de 27/12/2001, convertida na Lei nº 10.426, de 2002, que assim estabelecia, em sua redação original:

"Art.9º. Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado."

O dispositivo acima não deixa a menor brecha para que se entenda que a penalidade nele prevista poderia ser exigida de outra forma, que não a isolada. Com efeito, a penalidade está sendo aplicada à fonte pagadora, que não é a beneficiária dos rendimentos, portanto resta descartada qualquer possibilidade de cobrança desta multa juntamente com o imposto, cujo ônus, repita-se, não é da fonte pagadora, e sim do beneficiário.

Confirmando esse entendimento, o parágrafo único especifica a base de cálculo da multa, que nada mais é que o tributo que deixou de ser retido ou recolhido.

O art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, por sua vez, tinha a seguinte redação:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I. de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexistente, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II. cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº

4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I. juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II. isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III. isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV. isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

V. isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido.

(...) "Como se pode constatar, o art. 44, acima, não trata de multas incidentes sobre imposto cobrado por meio de responsabilidade tributária de fonte pagadora, e sim de penalidades que recaem diretamente sobre o imposto exigido do sujeito passivo, na qualidade de contribuinte, que relativamente ao Imposto de Renda é o próprio beneficiário dos rendimentos. Nesse passo, nenhuma das modalidades de exigência elencadas no § 1º se amolda à exigência estabelecida no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, portanto não há que se falar que este último dispositivo tenha se referido ao art 44 da Lei nº 9.430, de 1996, para tomar de empréstimo algo além dos percentuais nele estabelecidos -75% e 150%. Isso porque a problemática que envolve as modalidades de exigência das penalidades constantes do § 1º do art. 44 - vinculadas ao imposto ou exigidas isoladamente - não se coaduna com a multa por falta de retenção na fonte. Esta, quando exigida, obviamente será isolada, eis que o principal, ou seja, o imposto, será cobrado não da fonte pagadora, mas sim, repita-se, do beneficiário dos rendimentos.

Com estas considerações, constata-se que a referência feita pelo art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, aos incisos I e II, do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, está focada nos incisos I e II do caput, e não nos incisos I e II do § 1º, do contrário estar-se-ia atribuindo à fonte pagadora o papel de sujeito passivo contribuinte do tributo, e não o de mera intermediária entre este e o Fisco, responsabilidade esta conferida por lei.

Ora, se os incisos I e II do caput do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, tratam de penalidades aplicáveis ao sujeito passivo na qualidade de contribuinte, que no caso do Imposto de Renda é o próprio beneficiário dos rendimentos, e o art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, trata exclusivamente de multa por descumprimento da obrigação de reter e recolher o tributo, aplicável à fonte pagadora na qualidade de responsável, o único elemento passível de empréstimo, do art. 44 para o art. 9º, diz respeito efetivamente aos percentuais de 75% ou 150%. Com efeito, não existe qualquer outro liame entre os dois dispositivos legais.

Corroborando este entendimento, a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 16, de 27/12/2001, que foi convertida na Lei nº 10.426, de 2002, encaminhada ao Congresso Nacional, assim esclarece:

"Os arts. 7º a 9º ajustam as penalidades aplicáveis a diversas hipóteses de descumprimento de obrigações acessórias relativas a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, reduzindo-as ou, no caso do art. 9º, instituindo nova hipótese de incidência, preenchendo lacuna da legislação anterior." (grifei)

O texto acima não deixa dúvidas, no sentido de que o art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, trata unicamente de multa por descumprimento de obrigação acessória pela fonte pagadora, portanto descarta-se a sua exigência juntamente com o respectivo imposto, cujo ônus é do beneficiário dos rendimentos.

Ademais, fica patente que se trata de nova hipótese de incidência, o que também a desvincula definitivamente das hipóteses de incidência elencadas no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, eis que estas já existiam no ordenamento jurídico muito antes do advento da Medida Provisória nº 16, de 2001.

Com a edição da Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15/06/2007, foi alterado o art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, dentre outras finalidades, para extinguir a multa de ofício incidente sobre o pagamento de tributo ou contribuição fora do prazo, desacompanhado de multa de mora. Dito dispositivo passou a ter a seguinte redação:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I. de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II. de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:
a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...) "Assim, o art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, foi reformulado, mantendo-se a aplicação das multas de ofício vinculadas ao tributo, nos percentuais de 75% e 150%, a primeira mantida no inciso I, do caput, e a segunda não mais abrigada no inciso II, do caput, mas sim no inciso I, do §1º. O inciso II, do caput, que anteriormente continha a multa no percentual de 150%, passou a prever a multa isolada, no percentual de 50%, nos casos de falta de pagamento do carnê-leão e de falta de pagamento do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido devido por estimativa (alíneas "a" e "b"). Quanto à multa isolada pelo pagamento de tributo ou contribuição fora do prazo sem o acréscimo de multa de mora, esta foi extinta.

Observe-se que a extinção da multa isolada acima destacada, levada a cabo pela nova redação do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, promovida pela Lei nº 11.488, de 2007, não tem qualquer reflexo nas multas do art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, eis que, conforme já patenteadado no presente voto, os dois dispositivos legais tratam de penalidades distintas, o primeiro disciplinando as exigências em face do sujeito passivo contribuinte, que no caso do Imposto de Renda é o beneficiário dos rendimentos, e o segundo regulamentando a incidência pelo descumprimento de obrigação de retenção e recolhimento do tributo pela fonte pagadora, na qualidade de responsável. Como ficou assentado, a conexão entre os dois dispositivos diz respeito unicamente aos percentuais de 75% e 150%.

Tanto é assim que o art. 9º teve de sofrer também um ajuste, em função da realocação da multa de 150% (do caput para o § 1º).

Ademais, também havia neste dispositivo a previsão de aplicação de multa de ofício à fonte pagadora, pelo recolhimento em atraso do Imposto de Renda Retido na

Fonte, sem o acréscimo da multa de mora. Assim, na mesma linha da exclusão levada a cabo na nova redação do art. 44, esta penalidade teria de ser excluída do art 9º, já que não haveria sentido em permanecer no ordenamento jurídico apenas para apenar a fonte pagadora. Confirma-se a alteração do art. 9º, promovida pela mesma Lei nº 11.488, de 2007:

"Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de

retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado."

Ora, se a multa pela falta de retenção e recolhimento na fonte houvesse sido efetivamente extinta, não haveria qualquer razão para que se alterasse o art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, como foi feito acima. A alteração visa claramente adaptar esse dispositivo à nova topografia do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, o que de forma alguma sinaliza que dita penalidade teria sido extinta. Além disso, repita-se que a nova redação visou excluir a exigência de multa de ofício pelo recolhimento, pela fonte pagadora, do IRRF fora do prazo sem multa de mora, tal como ocorrera com penalidade semelhante, que antes também era imposta ao beneficiário do rendimento, relativamente ao recolhimento do principal. Assim, igualou-se a exoneração desta penalidade, tanto em face do sujeito passivo contribuinte da obrigação principal, como perante a fonte pagadora, na qualidade de responsável pela obrigação de reter e recolher o tributo.

As conclusões acima ficam evidenciadas no quadro comparativo a seguir:

Redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996	Redação do art. 44, dada pela MP nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007
<p><i>Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:</i></p> <p><i>I. de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;</i></p> <p><i>II. cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i></p> <p><i>§1o As multas de que trata este artigo serão exigidas: I) juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;</i></p> <p><i>II. isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;</i></p> <p><i>III. isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha</i></p>	<p><i>Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:</i></p> <p><i>I. de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;</i></p> <p><i>II. de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:</i></p> <p><i>a) na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, ainda que não tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.</i></p> <p><i>§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i></p>

<p><i>apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;</i></p> <p><i>IV. isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;</i></p>	
<p>Redação original do art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002</p> <p><i>Art. 9º. Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i></p> <p><i>Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.</i></p>	<p>Redação do art. 9º, dada pela MP nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007</p> <p><i>Art. 9o Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1o, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.</i></p> <p><i>Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade u diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.</i></p>

Além de todas as razões que conduzem à conclusão de que não ocorreu a alegada extinção da multa de ofício pela falta de retenção ou recolhimento do IRRF, é o fato de que a adoção de tal tese equivaleria a admitir-se a instituição de uma obrigação - retenção e recolhimento do imposto pela fonte pagadora - sem o estabelecimento de sanção, o que seria inusitado no Sistema Tributário Nacional.

Ademais, ninguém põe em dúvida a manutenção da multa pela falta de recolhimento do carnê-leão, que pressupõe relação entre pessoas físicas, que nem sempre possuem estrutura para cumprir com a obrigação, sendo que quem recolhe a antecipação, nesse caso, é o próprio contribuinte que arca com o encargo financeiro do tributo, descartada a possibilidade de apropriação indébita. Nesse passo, causa ainda maior perplexidade a conclusão de que a multa pela falta de retenção e recolhimento do imposto pela fonte pagadora teria sido extinta, já que as fontes pagadoras, na sua maioria, são pessoas jurídicas, que dispõem de meios adequados ao cumprimento da obrigação.

Acrescente-se que a retenção na fonte sem o respectivo recolhimento caracteriza apropriação indébita, portanto ter-se-ia ainda a possibilidade do cometimento de crime, sem qualquer previsão de sanção na esfera tributária, o que também seria inédito no Sistema Tributário Nacional.

Em síntese, no entender desta Conselheira, há que se diferenciar o imposto devido, cuja obrigação principal é do beneficiário do rendimento, da multa pela falta de retenção/recolhimento do IRRF, cuja obrigação é da fonte pagadora, na qualidade de responsável.

Assim, após o prazo final para entrega da declaração de pessoa física, o que cessa é a responsabilidade da fonte pagadora sobre o recolhimento do tributo - cuja obrigação passa a ser do beneficiário. Entretanto, a falta de responsabilidade sobre o recolhimento do tributo não exime a fonte pagadora do pagamento da multa pelo descumprimento da obrigação de reter e recolher o imposto, e é exatamente esta a exigência que ora se analisa. Nesse passo, assim estabelece o item 16 do Parecer Normativo COSIT nº 1, de 2002, que deve ser considerado na sua integralidade, e não apenas em parte. Confira-se:

"16. Após o prazo final fixado para a entrega da declaração, no caso de pessoa física, ou, após a data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica, a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do contribuinte. Assim, conforme previsto no art. 957 do RIR/1999 e no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, constatando-se que o contribuinte:

a) não submeteu o rendimento à tributação, ser-lhe-ão exigidos o imposto suplementar, os juros de mora e a multa de ofício, e, da fonte pagadora, a multa de ofício e os juros de mora;

b) submeteu o rendimento à tributação, serão exigidos da fonte pagadora a multa de ofício e os juros de mora."

Destarte, tendo ou não os rendimentos sido oferecidos à tributação, remanesce a aplicação da penalidade pela falta de retenção e recolhimento por parte da fonte pagadora.

Não há que se falar aqui de aplicação do percentual de 50% à multa, por falta de previsão legal expressa, mas sim a aplicação dos percentuais definidos em lei (75% ou 150%), conforme acima esclarecido.

Assim, é de se negar provimento ao recurso especial do sujeito passivo também quanto a esta matéria."

Portanto, não vejo motivos, sob esse prisma, para que seja afastada a multa isolada questionada.

Dos aportes ao plano de previdência PGBL Empresarial.

Partilhando este Conselheiro das bem articuladas razões da decisão contestada quanto à matéria, cabe reproduzi-las no essencial (fls. 1506 e ss), de modo a que passe a integrar a fundamentação deste voto vencedor. Deve ser alertado ainda que, ao final, serão feitas, adicionalmente, breves considerações acerca da controvérsia.

Como veremos a seguir, entendo que as contribuições realizadas pelo atuado ao plano de previdência complementar em favor de membros do Conselho da Companhia, diretores estatutários, superintendentes executivos, assessores jurídicos e gerentes regionais podem, sim, configurar remuneração, se não comprovado o caráter previdenciário dessas contribuições.

Ficando caracterizada a natureza remuneratória, cabe a incidência do imposto de renda na fonte, por tratar-se de pagamento de rendimentos que foram integrados ao patrimônio dos beneficiários.

DA NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES

Cabe frisar, primeiramente, que a apuração da natureza dos pagamentos questionados deve, necessariamente, levar em conta um cuidadoso exame das circunstâncias fáticas, para que seja apurado se o objetivo visado pelos pagamentos das contribuições era, efetivamente, financiar a concessão de benefícios futuros.

Para fins tributários, para que pagamentos de plano de previdência complementar não sejam caracterizados como de natureza remuneratória, deverão, necessariamente, ter por objetivo a formação de reservas garantidoras da implementação de benefícios.

Há que se considerar que a Lei Complementar nº 109, de 2001, liberou o resgate em razão de ser a adesão ao plano facultativa. Se o empregado pode, ou não, aderir ao plano, também pode decidir-se pelo resgate. Nisso não há nenhuma ilegalidade ou ilicitude.

Porém, para fins tributários, há que se levar em conta que o pagamento de plano de previdência privada, pelo empregador, é pagamento habitual sob a forma de utilidade, que foi isentado da tributação. Assim sendo, forçoso apurar o objetivo da isenção concedida, e somente os pagamentos que visem atingir esse objetivo é que farão jus à isenção.

Resta claro que o objetivo da concessão da isenção foi incentivar a celebração de planos de previdência privada, por outras palavras, incentivar a formação de reservas que possibilitem a concessão futura de benefício.

A formação das reservas garantidoras do benefício é da essência dos planos de previdência privada, conforme se extrai da transcrição abaixo da Lei Complementar nº 109, de 2001:

Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Se os pagamentos não se destinam a garantir a concessão de um benefício futuro, não se justifica que sejam os mesmos isentados da tributação.

Em análise dos autos, constata-se que as citadas contribuições têm sim natureza remuneratória. Todavia, isso não decorre da alegada inobservância ao disposto na alínea "p" do parágrafo 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212, de 1991, que estabelece que o programa de previdência complementar, aberto ou fechado, deve estar disponível à totalidade dos empregados da empresa.

Entendo que os valores pagos a título de previdência privada no regime aberto (como é o caso em análise) não estão sujeitos à incidência da contribuição previdenciária desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho, ou seja, desde que não tenham natureza remuneratória. Neste sentido, é a seguinte ementa de julgamento proferido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que negou provimento ao recurso voluntário do Banco Bradesco S/A nos autos do processo administrativo nº 16327.720218/2013-64:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCEDIDA A TÍTULO DE GRATIFICAÇÃO OU PRÊMIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Após o advento da Lei Complementar nº 109/2001, somente no regime fechado, a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio.

Integram a remuneração e se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar, se não comprovado o caráter previdenciário destas contribuições (Ac. 2402-004.108, sessão de 14/05/2014)

Sobre a matéria, transcrevo em parte o voto condutor do citado Acórdão nº 2402-004.108, de lavra do Conselheiro Julio César Vieira Gomes, proferido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em sessão de 14/05/2014:

Previdência Complementar Privada em Regime Aberto

O benefício tem previsão constitucional no artigo 202, com a redação trazida pela Emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98; portanto, trata-se de imunidade de contribuição previdenciária:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 2° As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 20, de 1998).

...

Em destaque nas transcrições acima, tem-se que, atendidos os requisitos da lei, as contribuições vertidas pelo empregador não integram a remuneração e, conseqüentemente, sobre as quais não incidem contribuições previdenciárias. De fato, outra não poderia ser a interpretação. Isto porque somente se pode falar em Previdência Complementar quando suas características estão presentes. Aliás, qualquer que seja o benefício oferecido, são justamente as características que evidenciam sua natureza. E não é diferente com a Previdência Complementar Privada. Para que assim seja considerada e daí não incidirem contribuições previdenciárias devem estar presentes as características exigidas pela Lei Complementar n° 109, de 29/05/2001 que regulou o artigo 202 da Constituição Federal e revogou a Lei n° 6.435, de 15/07/1977.

Quanto ao artigo 28, §9°, alínea p, parte final, da Lei n° 8.212, de 24/07/91, incluído pela Lei n° 9.528, de 10/12/1997, portanto anterior mesmo à EC n° 20/98, não tenho dúvida que se houver incompatibilidade com os artigos 68 e 69, §1° da Lei Complementar n° 109, de 29/05/2001, que passaram a regular o artigo 202, §2° da Constituição Federal, restará derogado, pois além desta última veicular norma tributária especial é posterior àquela:

Art. 28 (...)

§9° (...)

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9° e 468 da CLT; (Incluído pela Lei n° 9.528, de 10.12.97)

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de

natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1º Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza. (g.n)

Apenas como esclarecimento, meu entendimento sobre a expressão: "desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes" já havia sido manifestado no Acórdão nº 20500.176, de 11/12/2007 quando se apreciou a incidência ou não sobre o benefício Plano Educacional. Naquele caso, não havia disposição legal posterior de natureza tributária silente quanto ao requisito, como neste caso; a CLT, regulando relações de trabalho, é que deixava de considerar como salário o benefício, persistindo com isso a parte final do artigo 28, § 9º, alínea "t" da Lei nº 8.212, de 24/07/1991:

...

Quanto às exigências para o gozo da isenção de que o benefício não substitua parcelas salariais e seja extensivo à totalidade dos segurados empregados e dirigentes, parte final do dispositivo, entendo que não houve revogação. Isto porque é razoável que a legislação tributária procurasse evitar práticas elisivas, como a pretenciosa redução da base de cálculo por meio da substituição pelo benefício ou mesmo sua disponibilização vinculada à produtividade do empregado, do que o caracterizaria como uma gratificação.

E não se diga que a falta de previsão dessas exigências na lei posterior tenha sido intencional para a revogação de todo o dispositivo legal da Lei nº 8.212/91. Interessa ao Direito do Trabalho a definição de salário e não as regras periféricas voltadas aos efeitos tributários. As exigências da legislação tributária na parte final do artigo 28, §9º, alínea "t" da Lei nº 8.212/91, ao contrário da parte inicial, não integram a caracterização de alguma utilidade como salário ou não, apenas estabelecem o necessário para gozo da isenção.

Retomando ao exame da LC nº 109/2001, selecionamos as principais disposições para este estudo:

Lei Complementar nº 109, de 29 de Maio de 2001

Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Art. 4º As entidades de previdência complementar são classificadas em fechadas e abertas, conforme definido nesta Lei Complementar.

Seção II

Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas...

Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, são equiparáveis aos empregados e associados a que se refere o caput os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores.

...

Seção III

Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas

Art. 26. Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser:

*I - individuais, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas; ou
II - coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.*

§ 1º O plano coletivo poderá ser contratado por uma ou várias pessoas jurídicas.

§ 2º O vínculo indireto de que trata o inciso II deste artigo refere-se aos casos em que uma entidade representativa de pessoas jurídicas contrate plano previdenciário coletivo para grupos de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas.

§ 3º Os grupos de pessoas de que trata o parágrafo anterior poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, podendo abranger empresas coligadas, controladas ou subsidiárias, e por membros de associações legalmente constituídas, de caráter profissional ou classista, e seus cônjuges ou companheiros e dependentes econômicos.

§ 4º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante.

...

CAPÍTULO VIII DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

...

Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1º Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

§ 2º Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Apenas para que não fiquem espaços vazios na linha de desenvolvimento deste trabalho, lembra-se que os dispositivos legais não são interpretados em fragmentos, mas dentro de um conjunto que lhe dê unidade e sentido. As disposições gerais nos artigos 68 e 69 são apenas partes do estatuto da previdência complementar, veiculado pela LC nº 109/2001.

Inicialmente, dispõe a lei que os programas podem ser abertos ou fechados, de acordo com a natureza da entidade de previdência complementar. Após, trata de cada um nas seções que se seguem: na Seção II os programas em regime fechado e na Seção III, regime aberto. Para o primeiro, através de seu artigo 16, é exigido, obrigatoriamente, que o benefício seja oferecido à totalidade dos empregados, tal como no artigo 28, § 9º, "p" da Lei nº 8.212, de 24/07/1991:

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

...

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Portanto, um suposto programa de previdência complementar em regime fechado não oferecido à totalidade dos empregados não pode ser considerado como tal e as contribuições vertidas devem ser tributadas normalmente, eis que carecem de característica essencial. As entidades fechadas são instituídas para o conjunto de empregados da patrocinadora e não para grupos de categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, faculdade somente possível quando a opção é pelo regime aberto, conforme artigo 26, §3º da lei.

Vê-se que para o regime fechado, considerando a unidade da lei, não há incompatibilidade com a Lei nº 8.212/1991, apenas que nesta as regras de incidência e abrangência estão em um mesmo dispositivo legal.

Agora, como já sinalizado acima, para o regime aberto a lei faculta que, direta ou indiretamente através da entidade, a empresa contrate em benefício de grupos específicos de categorias de empregados plano de previdência complementar, artigo 26, §2º e 3º da lei. Então, neste caso não incidem contribuições previdenciárias ainda que o benefício não seja oferecido à totalidade dos empregados.

Mas, sem precipitações, a interpretação será mais segura quando considerado o todo da lei. No caso dos programas em regime aberto, embora não seja necessário estendê-lo à totalidade dos empregados e dirigentes, os grupos elecionados são de categorias de empregados, sem discriminações dentro de um mesmo grupo. A escolha recai sobre determinada categoria não como incentivo à produtividade ou outras finalidades relacionadas ao trabalho, mas em razão de necessidades específicas.

Em síntese, temos que para a não incidência de contribuições previdenciárias:

a) até o advento da LC nº 109/2001, em quaisquer casos, a empresa tinha que oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes;

*b) a partir da LC nº 109/2001, somente no regime fechado, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores. **Caso adotado o regime aberto, poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, mas não como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação.** (g.n.)*

[...]

No caso dos autos, o caráter remuneratório das contribuições feitas pelo autuado fica evidenciado pelas seguintes razões fáticas relacionadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 3 a 25):

a) A empresa possui um Comitê de Remuneração, composto por 3 a 5 membros, escolhidos entre os integrantes do Conselho de Administração. Da leitura e interpretação do regimento do Comitê de Remuneração, verifica-se que sua linha geral de atuação é estabelecer a remuneração dos administradores com base nas metas de desempenho, tanto da empresa como individuais, estabelecidas pelo Conselho de Administração;

b) As reuniões do Comitê de Remuneração definiam os valores a serem pagos aos administradores estatutários do Banco Bradesco a título de previdência privada, sendo que eram feitas sempre antes das Assembléias Gerais, ou seja, os valores eram definidos pela direção do Banco e apenas ratificados nas Assembléias. Logo, o Comitê de Remuneração da Organização Bradesco estipulava de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar a seus dirigentes;

c) Verificou-se que o montante destinado como remuneração dos administradores no ano calendário de 2010 foi de até R\$ 170.000.000,00, e verba de até R\$ 170.000.000,00 para custear planos de previdência complementar dos administradores do Banco. Para o ano-calendário de 2011, os referidos montantes foram alterados para até R\$ 250.000.000,00 para remuneração dos administradores e de até R\$ 250.000.000,00 destinada a custear Planos de Previdência Complementar Aberta aos administradores;

d) Constatou-se que o Banco Bradesco S/A possui um Plano de Previdência Complementar fechado, disponível a totalidade de seus empregados desde junho de 1985, e um outro plano, chamado "PGBL - EMPRESARIAL", disponível apenas para o presidente do conselho, os conselheiros, diretores estatutários, diretores técnicos, assessores da diretoria, superintendentes executivos e, a partir de 01/06/2011, também para os gerentes regionais, de acordo com o 5º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada;

e) Para o PGBL - EMPRESARIAL os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, que pode recusar a proposta de inscrição do participante, e não prevê regras claras em relação às contribuições do patrocinador; os participantes em gozo de benefícios passarão a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, não havendo mais obrigações contratuais para a Instituidora;

f) O Impugnante não comprovou o caráter previdenciário/atuarial das contribuições vertidas para a previdência privada complementar. A empresa apresentou os aportes feitos por ela como instituidora para os elegíveis ao plano PGBL-EMPRESARIAL. Foi realizada uma comparação entre os valores aportados na previdência complementar e os valores recebidos pelos mesmos beneficiários como rendimento do trabalho, informados na DIRF (Declaração de Imposto Retido na Fonte) do Banco, nos mesmos períodos, e se verificou que

os valores aportados na previdência complementar são substanciais e em vários casos no mesmo montante do rendimento do trabalho, conforme quadro a seguir, a título de exemplo:

Nome	Ano calendário 2010		Ano calendário 2011	
	Dirf cód 561	PC	Dirf cód 561	PC
Antonio Bornia	4.680.000,00	4.680.000,00	6.240.000,00	5.460.000,00
Domingos F Abreu	3.600.000,00	3.600.000,00	4.800.000,00	4.200.000,00
Marlene M Milan	1.368.000,00	1.368.000,00	1.928.000,00	1.716.000,00
João A. Alvarez	2.880.000,00	2.880.000,00	4.800.000,00	4.080.000,00
Julio S. C. Araujo	3.600.000,00	3.600.000,00	4.800.000,00	4.200.000,00
Mario da S. T. Junior	4.680.000,00	4.680.000,00	6.240.000,00	5.460.000,00

g) Constatou-se, também, que vários dirigentes e empregados em gozo de benefício do plano de previdência privada continuaram a receber os aportes da empresa nas suas contas, e se concluiu que estes deveriam ter outra finalidade que não a previdenciária, pois o regulamento do plano prevê que os participantes nesta situação deveriam se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência;

h) Verificou-se, ainda, nos sistemas da RFB, resgates de previdência privada em valores substanciais realizados pelos participantes do PGBL-EMPRESARIAL, via de regra, em janeiro. A título exemplificativo, transcreve-se quadro com os valores resgatados da previdência complementar pelos beneficiários citados acima:

Nome	Ano calendário 2010		Ano calendário 2011	
	Dirf cód 3223	Dirf cód 3223	Dirf cód 3223	Dirf cód 3223
Antonio Bornia	9.020.438,78	9.020.438,78	3.717.642,10	3.717.642,10
Domingos F Abreu	5.596.200,56	5.596.200,56	2.730.781,82	2.730.781,82
Marlene M Milan	1.165.037,70	1.165.037,70	826.773,23	826.773,23
João A. Alvarez	5.596.200,56	5.596.200,56	2.287.787,31	2.287.787,31
Julio S. C. Araujo	6.695.897,62	6.695.897,62	2.859.729,22	2.859.729,22
Mario da S. T. Junior	9.020.438,78	9.020.438,78	3.717.642,10	3.717.642,10

Esses fatos todos demonstram que o plano não atende ao objetivo fixado no artigo 1º da Lei Complementar 109, de 2001, para o regime de previdência privada de caráter complementar: a constituição de reservas que garantam a constituição de benefício futuro.

O fato de o valor das contribuições do autuado para este plano de previdência privada não estar claramente estabelecido no seu próprio contrato, ao contrário do que alega o Impugnante, também demonstra o caráter remuneratório de tais pagamentos, visto que a previsão contida no artigo 1º do Anexo I da Circular SUSEP nº 183, de 2002, de possibilidade de contribuição adicional de qualquer valor, a qualquer tempo, destina-se ao participante do plano de previdência privada, e não a seu Instituidor, conforme a seguinte redação:

Art. 1º O valor e a periodicidade das contribuições poderão ser estipulados na proposta de inscrição, sendo facultado ao participante efetuar pagamentos adicionais de qualquer valor, a qualquer tempo.

É de se ressaltar o fato de o montante total das contribuições ao plano de previdência privada em vários casos igualar à remuneração registrada como recebida nos anos de 2010 e

2011 pelos administradores do Banco. Contribuições tão elevadas não seriam necessárias para financiar um plano que visa apenas complementar o benefício decorrente da Previdência Social, já que este plano tem por objetivo manter, de forma aproximada, o nível da renda auferida pelo segurado antes da inatividade.

Verifica-se, portanto, que os pagamentos questionados não visaram a constituição de reservas garantidoras de benefícios, restando evidente a sua natureza remuneratória.

O efeito prático da formalização do plano de previdência privada foi apenas o de permitir ao autuado, ao invés de depositar os pagamentos diretamente na conta de membros do Conselho da Companhia, diretores estatutários, superintendentes executivos, assessores jurídicos e a gerentes regionais, efetuar o depósito dos valores na conta do plano de previdência privada. Tais profissionais, porém, têm direito ao resgate sem carência, inviabilizando a formação das reservas e auferindo, na prática, uma complementação salarial. Não foi objetivo do legislador conceder isenção a pagamentos dessa natureza.

Cabe ressaltar, por fim, que mesmo que tivesse sido comprovada a afirmação de que o plano de previdência privada da Bradesco Vida e Previdência S/A, que segue as regras registradas no documento reproduzido às fls. 295 a 300 (5º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada) e às fls. 341/342 (Termo Aditivo nº 05E ao convênio de adesão ao Plano I - Contrato de Previdência Privada para empregados e dirigentes e empresa firmado em 20 de junho de 1985), foi autorizado pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), tal fato não teria o condão de tornar o lançamento das exigências contidas no presente auto de infração improcedente porque na seara tributária a Receita Federal do Brasil não se encontra vinculada a atos emitidos pela SUSEP.

Nesse sentido, cabe citar o disposto no § 4º, do artigo 41, da Lei Complementar nº 109, de 2001:

Art. 41. No desempenho das atividades de fiscalização das entidades de previdência complementar, os servidores do órgão regulador e fiscalizador terão livre acesso às respectivas entidades, delas podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e quaisquer documentos, caracterizando-se embaraço à fiscalização, sujeito às penalidades previstas em lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.

§ 1º O órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas poderá solicitar dos patrocinadores e instituidores informações relativas aos aspectos específicos que digam respeito aos compromissos assumidos frente aos respectivos planos de benefícios.

§ 2º A fiscalização a cargo do Estado não exime os patrocinadores e os instituidores da responsabilidade pela supervisão sistemática das atividades das suas respectivas entidades fechadas.

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas submetidas ao regime desta Lei Complementar ficam obrigadas a prestar quaisquer informações ou esclarecimentos solicitados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se, sem prejuízo da competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária. (destacou-se)

[...]

Entendo, portanto, que as contribuições realizadas pelo autuado ao plano de previdência complementar em favor de membros do Conselho da Companhia, diretores estatutários, superintendentes executivos, assessores jurídicos e gerentes regionais se afastam da natureza de previdência complementar, caracterizando-se, assim, como de natureza remuneratória, pois não foi comprovado o caráter previdenciário dessas contribuições.

Nessa direção foi também a conclusão no julgamento proferido mediante o Acórdão 07-37.588 - 5a. Turma da DRJ/FNS, de 10/07/2015, que julgou improcedente a impugnação do Banco Bradesco S/A (processo administrativo nº 16327.720052/2015-48) ao lançamento mediante auto de infração de contribuições previdenciárias decorrentes da mesma matéria tratada nos autos.

Observe-se que o Impugnante citou na peça de defesa ementas de acórdãos de uma corrente do CARF manifestando entendimentos favoráveis ao seu pleito.

Contudo, a jurisprudência é útil forma de ilustrar e reforçar sua argumentação, porém sem eficácia normativa para a Administração, pois, quando se referir à ação em que não seja ela participante, não se poderá beneficiar do seu resultado (artigo 472, do CPC). Excetuando a apreciação de inconstitucionalidade dotada de efeitos *erga omnes*, ou Súmula Vinculante (art 103-A, CF/88), as decisões da Justiça produzem efeito apenas inter partes nos processos em que exaradas e, embora úteis para formar o convencimento do julgador administrativo, não vinculam as decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da RFB.

A vinculação também não se aplica às lições doutrinárias e, via de regra, somente as decisões do CARF nos processos em que o interessado participe. Ou seja, a doutrina e, via de regra, as decisões do CARF são destituídas de força normativa para vincular as decisões administrativas das DRJ.

Nessa linha, citações e transcrições usadas neste voto também objetivam mostrar o entendimento do relator, mas não são vinculantes.

Desse modo, constata-se como muito bem fundamentada a decisão contestada, valendo dizer que não prospera o argumento recursal no sentido de que a única condição constitucional para que os aportes em referência sejam considerados isentos é que sejam efetuados a empresa de previdência privada regularmente constituída.

Ora, não se pode perder de vista que a previdência complementar tem por fito proporcionar ao trabalhador, a despeito do nível hierárquico que tenha em determinada empresa ou instituição, proteção previdenciária adicional àquela proporcionada pelo regime geral. E o que é proteção previdenciária? É garantir a continuidade de benefício financeiro quando da aposentadoria, bem como enfrentar infortúnios como invalidez ou doenças.

Assim, não se confunde com poupança ou fundos de investimentos, por exemplo, que possuem regras distintas no que diz respeito à tributação pelas contribuições previdenciárias.

Em outras palavras, os aportes em planos de previdência complementar não se constituem em meras aplicações de recursos em investimentos financeiros, mas sim devem se destinar a cobertura de eventos que requerem cobertura previdenciária.

E, ainda que a decisão *a quo* tenha se equivocado pontualmente em relação a interpretação de algum aspecto do regulamento do plano - como parece ter ocorrido, aparentemente, com a confusão entre o vocábulo 'companhia' constante do "5ª Termo Aditivo", vinculado conforme alegado, ao recorrente e não a instituidora, como compreendeu o acórdão atacado - isso não tem dimensão minimamente suficiente para ofuscar as bem construídas e comprovadas conclusões do Fisco no caso sob análise.

O caráter remuneratório inerente ao denominado "PGBL - EMPRESARIAL" está devidamente circunstanciado, como visto, pelos vários elementos coligidos aos autos pela fiscalização; por exemplo, a já mencionada estipulação antecipada e unilateral, pelo Comitê de Remuneração da Organização Bradesco, das contribuições mensais a serem aportadas ao plano, sendo considerados

resultados apurados nos segmentos de negócios, tempo de serviço e desempenho dos beneficiários - o que as aproxima a prêmio desempenho ou mesmo gratificação - e não critérios previdenciários, tais como idade e tempo de expectativa de vida.

Acrescente-se, em reforço, que diversos documentos societários da companhia - Notas Explicativas de Demonstrações Financeiras, Formulários de Referência, revelam, de modo consistente, que os ditos PGBL integravam as "práticas de remuneração" voltada para esses altos dirigentes da instituição.

No pertinente à falta de esclarecimento sobre a forma de cálculo dos aportes no regulamento do plano, com razão a fiscalização, pois não há como se estabelecer uma projeção sequer aproximada da forma de cálculo dos benefícios, como requerem os ditames do art. 10 da LC nº 109/01, sem o regramento antecedente dos aportes, por decorrência lógica, merecendo ser anotado que o 5º Termo do Aditivo, mencionado pelo recorrente, define apenas em sentido amplo a composição da carteira de investimentos, e não a aludida forma de cálculo.

Também há que se refutar o raciocínio do recorrente, e partilhado em certa medida pelo D. Relator, no sentido de que a existência de resgates livres, inclusive das reservas e provisões técnicas, por serem permitidos pela lei, não poderiam servir de amparo para a autuação.

Nesse sentido, particularmente, verifica-se que o resgate anual periódico de elevados montantes dos PGBL, em valores bastante próximos aos aportes realizados um ou dois anos antes, evidencia, na prática, que os ditos planos constituem-se em alocações temporárias de elevadas quantias de caráter inequivocamente remuneratório, sem qualquer vínculo com a formação de reservas que garantam o benefício supostamente contratado, como demonstrado à sociedade tanto pela fiscalização, quanto pelas ponderadas razões da decisão de primeira instância e da PGFN.

Sob a escusa de estar-se a contribuir para a manutenção do padrão remuneratório dos contemplados, tem-se então mero trânsito desses elevados valores pelos planos, na busca de conferir-lhes um verniz previdenciário e furtar-se à tributação a que estariam submetidos, caso não fosse utilizado o expediente em questão.

Portanto, não há porque reformar a decisão recorrida.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson